

UFORMELLE VERDIOVERFØRINGSSYSTEMER I NORGE

Rettslige og praktiske utfordringer

Kandidatnummer: 513

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17 174 ord

25.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn og problemstilling	1
1.2	Begrepsavklaring	3
1.3	Kilder og metode	5
<u>2</u>	<u>PENGEOVERFØRINGSSYSTEMER</u>	<u>6</u>
2.1	Generelt om markedet for pengeoverføringer	6
2.2	Hawala	7
2.2.1	Hvordan fungerer hawalasystemet?	7
2.2.2	Fordeler ved hawalasystemet	9
2.2.3	Misbruk av hawalasystemet	10
<u>3</u>	<u>INTERNASJONALE FORPLIKTELSER</u>	<u>11</u>
3.1	FATFs anbefalinger	11
3.1.1	Om FATF	11
3.1.2	Spesialanbefaling 6	13
3.2	EU-direktiver	14
3.2.1	Hvitvaskingsdirektivene	14
3.2.2	Betalingstjenestedirektivet	15
3.3	FN-konvensjoner	15
<u>4</u>	<u>DAGENS RETTSTILSTAND</u>	<u>16</u>
4.1	Konsesjonsordningen	16

4.2	Hvitvaskingsregelverket	20
4.3	Vurdering av dagens regler	22
<u>5</u>	<u>UVS I PRAKSIS</u>	<u>23</u>
5.1	Etterforskede saker	23
5.2	Rettspraksis	24
5.2.1	Brudd på reglene om betalingsformidling med utlandet	24
5.2.2	Brudd på hvitvaskingsreglene	26
5.2.3	Brudd på andre regler	27
5.2.4	Brudd på straffeloven § 317	28
5.2.5	Straffutmåling	29
5.2.6	Mulig medvirkningsansvar	31
5.2.7	Vurdering av rettspraksis	33
<u>6</u>	<u>LEGALISERINGSPROBLEMATIKKEN</u>	<u>34</u>
6.1	Innledning	34
6.2	Fordeler ved å legalisere UVS	35
6.3	Noen svenske erfaringer	37
6.4	Betalingstjenestedirektivet	38
6.4.1	Regler for betalingsinstitusjoner	39
6.4.2	Unntaksadgangen i artikkel 26	41
6.4.3	Vurdering	44
6.5	Hvitvaskingsregleverket	46
6.6	Rettslige og praktiske utfordringer	48
6.6.1	Innledning	48
6.6.2	Etablering og drift	48
6.6.3	Tilsyn	50
6.6.4	Kriminalisering og strafforfølgning	56

<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>59</u>
-----------------	--------------------------	------------------

	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>
--	-------------------------------	------------------

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er uformelle verdioverføringssystemer (heretter betegnet ”UVS”). Dette er samlebetegnelsen på overføringssystemer som er *alternative* til formelle systemer, typisk bank. *Hawala* er blant de mest kjente. Systemene er som regel dypt forankret i kulturelle tradisjoner. I hovedsak er det innvandrere fra Somalia og kurdiske områder fra Irak som driver og benytter seg av hawalavirksomhet i Norge.¹ Hawala muliggjør overføring av penger til land med dårlig utbygde banksystemer. På verdensbasis er det antatt at ca. 2 milliarder mennesker mangler tilgang til formelle finanskanaler.² Aktiviteten har vært kjent for norske myndigheter i flere år, men det var i kjølevannet av terrorangrepene i USA 11. september 2001, at det for første gang ble aksjonert mot slik virksomhet i Norge. UVS kom i fokus verden over og ble koblet opp mot terrorfinansiering og hvitvasking av penger.

Virksomheten går ut på betalingsformidling med utlandet og reguleres av finansieringsvirksomhetsloven kapittel 4a. Loven stiller krav om konsesjon, og et av konsesjonsvilkårene er en startkapital på 40 millioner kroner. Få av dagens uformelle aktører har mulighet til å innfri lovens krav, og slik har regelverket i praksis fungert som et forbud mot denne typen aktivitet³. Sammenlignet med andre land er reguleringen i Norge svært restriktiv, sterkt motivert av ønsket om å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering.

¹ Økokrim (2007) s. 7.

² Økokrim (2007) s. 5.

³ Kredittilsynet (2008) s. 4.

Det eksisterer i dag et betydelig uformelt marked for pengeoverføringer i Norge, og årlig overføres det hundretalls millioner kroner.⁴ Systemene er svært lite gjennomsiktede. Virksomheten drives uten konsesjon og dermed uten myndighetenes tilsyn og kontroll, hvilket åpner for bruk til ulovlige aktiviteter. Aktørene har heller ikke vist vilje til å overholde hvitvaskingslovgivningen, føre regnskap eller innlevere selvangivelse.

Spørsmålet om å legalisere UVS har blitt reist fra flere hold. I realiteten er det spørsmål om å *endre konsesjonsvilkårene*, særlig med tanke på rimeligere startkapital. EUs direktiv om betalingstjenester skal gjennomføres i norsk rett før 1. november 2009. Direktivet inneholder bl.a. regler om hvem som skal kunne yte betalingstjenester og vil medføre store endringer i gjeldende konsesjonsordning. Det vil bli betydelig enklere å etablere lovlig betalingstjenestevirksomhet i Norge. Ved vurderingen av endringer i dagens regelverk må det også tas hensyn til internasjonale tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering. Det pågår en rekke initiativ på internasjonalt nivå for å bekjempe denne formen for kriminalitet, bl.a. i EU/EØS og FATF⁵. Gjennomføringen av EUs siste hvitvaskingsdirektiv vil føre til enkelte endringer i gjeldende hvitvaskingslovgivning.

Således befinner UVS seg i en *brytningstid* i Norge i dag. Av denne grunn har jeg valgt å foreta en todeling av avhandlingen. I første del vil jeg gjøre rede for hva UVS er, våre internasjonale forpliktelser, samt gjeldende rett og rettspraksis. Gjeldende rett består av *konsesjonsreglene* i finansieringsvirksomhetsloven og *hvitvaskingsregelverket*. Da Norge i dag har en av de strengeste reguleringene av UVS i verden, er det interessant å se nærmere på begrunnelsen bak gjeldende rett, samt hvorledes reglene har fungert i praksis. Samtidig danner denne delen grunnlaget for avhandlingens andre del, *legaliseringsproblematikken*. For å kunne finne gode løsninger og utforme effektive regler, må en forstå hvorledes slike systemer fungerer og ta utgangspunkt i gjeldende rettstilstand. Her vil jeg gjennomgå sentrale deler av betalingstjenestedirektivet og det nye hvitvaskingsdirektivet. Jeg vil avslutte ved å gjøre rede for enkelte utfordringer som en

⁴ Kredittilsynet (2008) s. 4.

⁵ Se pkt. 3.1.

fremtidig regulering av UVS vil by for de ulike aktørene. Således er målet med denne avhandlingen å gi en juridisk fremstilling av fenomenet UVS i Norge – de lege lata og de lege ferenda.

1.2 Begrepsavklaring

Å definere begrepet *uformelle verdioverføringssystemer* kan by på utfordringer. For det første fordi vi har å gjøre med en sekkebetegnelse hvor variantene er mange, og for det andre fordi begrepsbruken i litteraturen ikke alltid er konsekvent. Begreper som ”uformell”, ”alternativ” og ”ulovlig” brukes ofte om hverandre. På engelsk er også begrepene ”underground-”, ”parallel-” og ”ethnic banking systems” eller ”alternative remittance systems” ofte brukt.

Utenfor banksektoren finnes det både *formelle* og *uformelle* systemer for verdi- eller pengeoverføring. Med *uformelle verdioverføringssystemer* siktes det i denne avhandlingen til verdioverføringssystemer som ikke er underlagt tilsyn og offentlig kontroll. Enkelte legger vekt på det forhold at transaksjonene etterlater få papirspor og at de finner sted utenfor det formelle finanssystem, hvilket etter min mening blir altfor unyansert. Som vi skal se, benytter uformelle aktører seg ofte av formelle kanaler som ledd i virksomheten, for eksempel ved bruk av bankkontoer.

Samtidig er det viktig å påpeke at *uformell* ikke nødvendigvis betyr *ulovlig*. Dette beror på hvor i verden en befinner seg og lovgivningen til en hver tid. I Norge er karakteristikken likevel sammenfallende hva gjelder slik virksomhet. Finansieringsvirksomhetsloven opererer med et konsesjonskrav. Foretak som driver pengeoverføringsvirksomhet uten konsesjon er både *uformelle*, i den forstand at de ikke er underlagt tilsyn og kontroll, og *ulovlige* ved at de overtrer reglene i finansieringsvirksomhetsloven.

Med begrepet *alternative overføringssystemer*, slik det er definert av FATF⁶, siktes det til både *formelle* og *uformelle* verdioverføringssystemer *utenfor banksektoren*. Eksempler på

⁶ FATF (2002) s. 5.

formelle systemer som er *alternative* til alminnelige bankoverføringer er MoneyGram og postens verdibrev.⁷

Jeg har i denne avhandlingen valgt å benytte begrepet *uformelle verdioverføringssystemer* (UVS). Flere steder vil jeg uttrykkelig vise til *hawala*, bl.a. vil det bli gjort rede for hvorledes systemet fungerer.

Hvitvasking og terrorfinansiering er også begreper som krever nærmere presiseringer. Det må imidlertid påpekes at det ikke eksisterer noen universelle definisjoner av disse begrepene.

Hvitvasking av utbytte er i EUs hvitvaskingsdirektiver definert som å bruke, konvertere, overdra, tilegne eller besitte formuesgoder eller å skjule eller tilsløre formuesgodenes reelle art, opprinnelse, plassering, råderett, bevegelser, eierforhold, samt forsøk på eller medvirkning hertil, når den som gjør det vet eller burde vite at formuesgodene stammer fra straffbare handlinger eller fra deltakelse i straffbare handlinger. Opplystningen er imidlertid ikke ment å være uttømmende.⁸ Strafferettlig reguleres hvitvasking, heleri og selvvasking av straffeloven § 317.

Finansiering av terrorisme er gjort straffbart i straffeloven § 147 b. Straffebudet retter seg mot "(...) den som fremskaffer eller samler inn penger eller andre formuesgoder, med det forsett at formuesgodene helt eller delvis skal finansiere terrorhandlinger eller andre overtredelser av § 147 a". På samme måte straffes den som stiller penger eller andre formuesgoder, eller banktjenester eller andre finansielle tjenester til rådighet for terrorister eller terrorgrupper, foretak som eies eller kontrolleres av terrorister eller terrorgrupper, eller for noen som handler på vegne av eller instruks fra disse. Dette alternativet gjør seg særlig gjeldende i forhold til UVS. § 147 a henviser til flere bestemmelser i straffeloven (bl.a. brannstiftelse i § 148 og flykapring i § 151 a) og fastsetter at de er å anse som

⁷ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) pkt. 10.2.4.

⁸ Ot.prp. nr.72 (2002-2003) pkt. 4.3.4.2.

terrorhandlinger såfremt de er begått med det forsett å forstyrre alvorlig en funksjon av grunnleggende betydning i samfunnet, skape alvorlig frykt i befolkningen eller å urettmessig tvinge offentlige myndigheter eller en internasjonal organisasjon til å utføre eller avstå fra å utføre en handling (terrorforsett).

1.3 Kilder og metode

En juridisk fremstilling av UVS er meget sammensatt og berører ulike regelverk, både på nasjonalt og internasjonalt nivå. I tillegg har vi å gjøre med et område som er under utvikling, hvilket fordrer både de lege lata og de lege ferenda drøftelser. Av denne grunn er det ikke mulig å gi en samlet og fullstendig redegjørelse for kilder og metode benyttet i denne avhandlingen. Således vil flere metodespørsmål bli behandlet underveis – her gis kun enkelte innledende bemerkninger.

Jeg opererer med et tosporet system: *konsesjonsordningen* og *hvitvaskingslovgivningen*. Begge regelverk står overfor store endringer som følge av gjennomføringen av henholdsvis betalingstjenestedirektivet og EUs tredje hvitvaskingsdirektiv. Reglene er detaljerte, og det tas ikke sikte på å gi en uttømmende gjennomgang av regelverket i denne avhandlingen.

Jeg benytter meg av tradisjonelle rettskilder; lovtekst, forarbeider og rettspraksis. EUs betalingstjenestedirektiv og hvitvaskingsdirektivene, samt FATFs anbefalinger utgjør sentrale internasjonale rettskilder. Norge er som ledd i EØS-avtalen forpliktet til å gjennomføre direktivene, mens FATFs anbefalinger er å anse som soft law.

Avhandlingen har også enkelte komparative innslag ved at det flere steder vises til reguleringen av pengeoverføringsvirksomhet i Sverige.

2 Pengeoverføringssystemer

2.1 Generelt om markedet for pengeoverføringer

Markedet for pengeoverføringer består av formelle og uformelle overføringssystemer. Mekanismene for pengeoverføringer er mange og omfatter alt fra kontooverføringer via bank og ulike nettbaserte tjenester, til kontantbaserte overføringer ved hjelp av operatører (for eksempel hawala) og fysisk oversendelse av penger.⁹ Men grunnmodellen for pengeoverføringer er i hovedsak den samme, uavhengig av tjenestetype.¹⁰

Mange innvandrere benytter seg av agenter for de internasjonale betalingssystemene Western Union og MoneyGram. Dette er betalingsformidlingssystemer med verdensomspennende agentnett i flere hundre land. Systemene muliggjør hurtig overføring av penger, samtidig som det ikke er behov for bankkonto for å gjennomføre transaksjonen, hvilket gjør dem egnet til å overføre penger til land med dårlig utbygde banksystemer.¹¹

Det ordinære banksystem og alternative overføringssystemer som Western Union og MoneyGram kommer til kort når penger skal overføres til land hvor banksystemet ikke eksisterer. Det er her UVS trer inn i bildet. Slike systemer har stor utbredelse over hele verden og har forskjellige navn etter hvilke etniske grupperinger som driver dem.¹² *Hawala* ble utviklet i Sør-Asia (Bangladesh, India og Pakistan) og er i det vesentlige i bruk i Afrika, Asia og Midtøsten. Systemet ble utviklet før vestlig banksystem¹³ og er tuftet på lange kulturelle tradisjoner. Andre UVS er bl.a. *fei ch'ien* i Kina og *Phoe kuan* i Thailand.¹⁴ Spredningen av slike systemer kom som følge av globalisering og økende grad av migrasjon. Innslaget av tillit er ofte fremtredende, og tjenestene er som regel raskere og rimeligere enn de formelle kanalene.

⁹ PRIO (2007) s. vii.

¹⁰ Se fortalet til betalingstjenestedirektivet pkt. 7.

¹¹ Kredittilsynet (2008) s. 8.

¹² Økokrim (2007) s. 3.

¹³ Kredittilsynet (2008) s. 9.

¹⁴ Passas (2003) s. 25.

Brukerne av UVS i Norge er i det vesentlige innvandrere som sender penger til livsopphold for venner og slektninger i opprinnelseslandet. Mottakerlandene er i hovedsak Somalia og Irak, krigsherjede land uten formell økonomisk infrastruktur som i høy grad er avhengig av pengeoverføringer fra andre land. Slik UVS brukes *i Norge i dag*, bærer de preg av å ha et humanitært hovedformål.¹⁵

2.2 Hawala

Ordet *hawala* er arabisk og betyr *overføring*.¹⁶ Hawala er det mest kjente uformelle verdioverføringssystemet Norge. Systemet eksisterer og operer utenfor eller parallelt med tradisjonelle bank- og finanskanaler. Ni saker knyttet til UVS er etterforsket i Norge. I alle tilfellene ble det drevet hawalavirksomhet. Det er viktig å være klar over at også begrepet *hawala* er et sekkebegrep og at variasjonene er store. Enkelte opererer som en del av store internasjonale systemer, for eksempel somaliske kontorer i Norge som samarbeider med de store internasjonale organisasjonene Barakaat og Dahabshiil, mens andre tilhører mindre nettverk. Systemet kan operere helt utenfor eller i kombinasjon med det formelle banksystem. Samtidig kan virksomheten bestå av rene pengeoverføringer eller inngå i et mer komplekst system og omfatte for eksempel varekjøp. Enkelte aktører som er en del av det uformelle markedet i Norge, er offentlig registrerte selskaper i land med mindre restriktivt regelverk.¹⁷ Systemet er etnisk lukket, i den forstand at det drives og benyttes av personer med samme etniske bakgrunn.¹⁸

2.2.1 Hvordan fungerer hawalasystemet?

Ethvert forsøk på å regulere og bringe UVS inn i lovlige former må være basert på en dypere forståelse av hvorledes slike systemer fungerer og deres karakteristika.

¹⁵ Begrepet "humanitært hovedformål" er også benyttet av Høyesterett, se Rt. 2005 s. 716 avsnitt 22.

¹⁶ Qorchi (2003) s. 6.

¹⁷ NOU 2008:14 pkt. 9.3.11.

¹⁸ Økokrim (2007) s. 7.

I hovedtrekk består en hawalatransaksjon av fire aktører: en avsender (A), en mottaker (M) og to mellommenn i henholdsvis avsender- (MA) og mottakerlandet (MM). Vi kan tenke oss at A oppholder seg i Norge og ønsker å sende penger til en slektning M i Somalia. A tar kontakt med hawalaagent MA i Norge, enten ved å møte opp på agentens kontor eller ved å ringe. Som vi senere i denne avhandlingen skal se, opererer hawalakontorene med svært ulike krav til kundekontroll. Enkelte agenter krever kun avsenders navn og eventuelt adresse eller telefonnummer, mens andre har mer omfattende rutiner for å sikre at pengene ikke stammer fra kriminell virksomhet. Beløpet som ønskes overført spesifiseres, samt opplysninger om mottaker M. A har ofte valget mellom å innbetale pengene *kontant* eller å sette pengebeløpet inn på en *bankkonto* som MA disponerer. A mottar som regel en kode som brukes til å identifisere transaksjonen og som videreformidles til M. For tjenesten betaler A et transaksjonsgebyr. Størrelsen av gebyret varierer, men utgjør som regel mellom 0,5 og 7 prosent av beløpet som ønskes overført. I tillegg drar agentene ofte også nytte av gode kurser ved valutaveksling.¹⁹ MA tar kontakt med MM via telefon, telefaks eller e-post. MM mottar transaksjonskoden samt instruks om å utbetale det angitte beløpet til M. Som et siste ledd i transaksjonen tar M kontakt med MM på sitt lokale hawalakontor og får utbetalt beløpet mot fremvisning av koden.

Utbetalingen finner sted innen meget kort tid, ofte innen 24 timer, avhengig av hvor i landet mottaker befinner seg. Pengene overføres uten at de rent fysisk krysser noen grense. Dette er mulig da hawalasystemet i stor grad er basert på *forskuddsbetaling*. MA vil skylde MM et beløp tilsvarende det som ble utbetalt til M. Enhver utbetaling i mottakerlandet vil således innebære en gjeldsøkning for MA, hvilket nødvendiggjør et etteroppgjør på et senere tidspunkt. Her kommer tillitsmomentet agentene imellom tydelig frem. Etteroppgjøret kan finne sted på flere ulike måter. En vanlig metode er at MA samler mindre beløp fra flere avsendere på sine konti i Norge og overfører midlene i en større sum til konti tilhørende MM i utlandet²⁰. Pengene tas så ut og fraktes fysisk til Somalia.

¹⁹ Økokrim (2007) s. 8.

²⁰ Som regel finner overføringene sted til et naboland. Dahabshiil opplyser om at de ofte benytter seg av konti i Etiopia. For øvrig er Dubai ofte brukt.

Samlesendingene finner sted med jevne mellomrom, for eksempel fem ganger i måneden. Andre metoder er fysisk overføring av pengene ved bruk av pengekurer eller bruk av varekjøp som en form for mellomregning. Utbetaling til M skjer uavhengig av oppgjøret mellom MA og MM.²¹

2.2.2 Fordeler ved hawalasystemet

UVS har vist seg å være svært konkurransedyktige i forhold til formelle overføringssystemer. Forklaringen på deres fortsatte eksistens og utstrakte bruk ligger dels i økonomiske og kulturelle faktorer, men også systemenes mange fordeler, samt svakheter ved det formelle systemet.

I 2007 ga Institutt for Fredsforskning (PRIO) ut en rapport²² som kartlegger tilgjengeligheten av og kvaliteten på betalingsoverføringstjenester i Norge. Både formelle og uformelle tjenestetilbydere ble tatt i betraktning, herunder hawala. PRIO tar for seg fem kriterier som antas å være av betydning når en bruker skal foreta valget mellom flere betalingstjenester: tilgjengelighet og lettvinthet, lovlighet, kostnad, varighet og kjennskap og tillit. Hawala scorer høyt på flere av disse kriteriene. Hawalasystemet er i høy grad basert på tillit²³. Overføringene er både *raskere* og *billigere* enn overføringer via formelle systemer. Rimelige tjenester kan bl.a. forklares med lave administrative kostnader. Bl.a. betaler de ulovlige aktørene verken tilsynsavgift eller skatt og fører heller ikke regnskap. Fraværet av byråkrati og den forholdsvis enkle grunnmodellen gjør systemet mer *effektivt* og *enklere* å bruke enn formelle overføringskanaler.

Enda viktigere er muligheten hawalasystemet gir til å overføre penger til land med svakt utbygde eller manglende banksystemer. Mulighetene til å sende penger til Irak er svært begrensede. Kun Western Union tilbyr pengeoverføringer til Irak, men i svært liten grad til

²¹ Økokrim (2007) s. 7.

²² PRIO (2007).

²³ Tillit er et fremtredende element, ikke bare i forholdet agentene imellom, men også i forholdet mellom kunde og agent, da avtalen i stor grad bærer preg av å være en *mundlig avtale*.

de kurdiske områdene i nord.²⁴ Fra Norge i dag finnes det ingen lovlige²⁵ måter å overføre penger til Somalia.²⁶

2.2.3 Misbruk av hawalasystemet

Både formelle og uformelle kanaler for pengeoverføring kan misbrukes, men hawala og andre UVS har vist seg å være særlig sårbare overfor misbruk, først og fremst i tilknytning til hvitvasking og terrorfinansiering.

FATF har drøftet faren for misbruk ved flere anledninger, bl.a. i rapporten *Terrorist Financing*²⁷ fra 2008:

”ARS [Alternative Remittance Systems] have the additional attraction of *weaker and/or less opaque record-keeping* and in many locations may be subject to *generally less stringent regulatory oversight*. Although FATF standards call for significantly strengthened controls over such service providers, the level of *anonymity* and the *rapidity* that such systems offer have served to make them a favoured mechanism for terrorist.” (min uth.)

Anonymitet er et gjennomgående trekk ved hawalasystemet, hvilket gjør det svært attraktivt for kriminelle som ønsker å skjule pengenes opphav og ellers unngå at transaksjonen kan spores opp. Kundenes identitet og pengenes opprinnelse blir som regel ikke kontrollert, mistenkelige transaksjoner undersøkes ikke og dokumenter oppbevares sjeldent. I tillegg finner transaksjonen sted *raskt*. Forklaringen ligger også dels i systemets uformelle karakter og dermed mangel på *gjennomsiktighet* – pengeoverføringsvirksomheten finner sted utenfor myndighetenes regulering og kontroll.

²⁴ Kredittilsynet (2008) s. 10.

²⁵ Dette må imidlertid nyanseres noe. Ingen norske banker har i dag et *totaltilbud* hva gjelder pengeoverføringer *til Somalia*. En som for eksempel ønsker å benytte seg av Dahabshiils hawalatjeneste, kan alternativt overføre pengene direkte til Dahabshiils konto i Dubai via formelle kanaler. Fra Dubai kan pengene så overføres til Somalia ved bruk av hawala. Denne tottrinnprosessen tar imidlertid betydelig lengre tid og er vesentlig dyrere.

²⁶ NOU 2008:14 pkt. 9.3.11.

²⁷ FATF (2008) s. 24.

Hawalasystemet kan misbrukes på to ulike måter. For det *første* kan systemet misbrukes av *kundene*. Avsender kan gjennom hawalasystemet overføre penger som stammer fra kriminell virksomhet i Norge, for eksempel narkotikavirksomhet eller skatteunndragelse, til for eksempel Somalia. Slikt misbruk kan avverges ved at operatøren innfører rutiner for bl.a. *kundekontroll* og *undersøkelse* av mistenkelige transaksjoner. Dette behandles nærmere under pkt. 4.2 – hvitvaskingsregelverket.

For det *andre* kan virksomheten *drives* og *eies* av kriminelle. I slike tilfeller vil operatøren selv bruke hawala til for eksempel å samle inn penger som går til finansiering av terrorhandlinger i mottakerlandet. *Egnethetsvurdering* som konsesjonsvilkår kan avverge denne formen for misbruk. Problemet med slike aktører er imidlertid at de ikke ønsker å søke om tillatelse og være underlagt regulering.

3 Internasjonale forpliktelser

På den internasjonale arena har et økende arbeid for å hindre finansiering av terrorvirksomhet og hvitvasking av penger funnet sted, særlig i etterkant av terroranslagene mot USA i 2001. I denne forbindelse har uformelle verdioverføringssystemer og deres potensial for misbruk kommet særlig i fokus. Arbeidet har resultert i et omfattende internasjonalt regleverk, anbefalinger og standarder som setter rammer for nasjonal lovgivning på området.

3.1 FATFs anbefalinger

3.1.1 Om FATF

Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) er et mellomstatlig organ som ble opprettet av G-7 landene i 1989 for å imøtekomme økende internasjonal bekymring i forbindelse med misbruk av finanssystemet i hvitvaskingssammenheng. FATF består av 34 medlemmer - 32 land og to internasjonale organisasjoner. Norge gjorde sin tilslutning i

1991. FATF er det viktigste internasjonale organ i kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering.²⁸

I 1990 utarbeidet FATF 40 anbefalinger vedrørende tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger. Disse ble gjenstand for revisjon i 1996 og 2003. Anbefalingene omhandler bl.a. kriminalisering av hvitvasking, kundeidentifikasjon, rapportering om mistenkelige transaksjoner og forsvarlig kontroll og tilsyn med finansinstitusjoner. Anbefalingene er tuftet på et underliggende prinsipp om *gjennomsiktighet*. Etter terrorangrepene i USA i 2001, utvidet FATF sitt virkeområde til å omfatte bekjempelse av finansiering av terrorisme. I denne forbindelse ble det utarbeidet 8 tilleggssanbefalinger med formål å hindre at terrorister og deres støttespillere får adgang til det internasjonale finansielle system²⁹, samt avdekke og bekjempe anskaffelse og overføring av midler som kan benyttes til å finansiere terrorhandlinger.³⁰ En konsekvens av dette var innføringen av straffeloven § 147 b. I 2004 ble 9. tilleggssanbefaling tilføyet for ytterligere å styrke de internasjonale standardene for bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering.

Anbefalingene er å anse som *soft law*.³¹ De utgjør ikke *folkerettslig* bindende regler, men medlemmene følger seg *politisk* forpliktet til å følge dem. Anbefalingene er internasjonalt anerkjent som ledende standarder hva gjelder hvitvaskings- og terrorfinansieringstiltak og har hatt stor betydning ved utformingen av tiltak på nasjonalt nivå.³²

I tillegg til standardene, utfører FATF evalueringer av de enkelte medlemslandenes gjennomføring av anbefalingene og kartlegger nye moduser og trender for hvitvasking og

²⁸ Ot.prp.nr.3 (2008.2009) pkt. 2.4.1.

²⁹ Se rapport fra arbeidsgruppe om hvitvasking pkt. 2.3.

³⁰ Innst.O.nr.100 (202-2003) pkt. 8.1.1.

³¹ Ruud (2002) s. 53. Det er vanlig å betegne ikke-bindende vedtak som internasjonale organisasjoner treffer i form av anbefalinger ”soft law”.

³² Se rapport fra arbeidsgruppe om hvitvasking pkt. 2.3.

terrorfinansiering. I perioden november 2004 til juni 2005 foretok FATF evaluering³³ av Norges gjennomføring av anbefalingene. Det ble pekt på mangelfull gjennomføring av flere anbefalinger, men reguleringen av UVS ble ikke gjort til gjenstand for særlig vurdering, til tross for den meget restriktive lovgivningen på området.

3.1.2 Spesialanbefaling 6

Etter FATFs erfaring har penge- og verdioverføringssystemer vist seg å være svært utsatt for misbruk i forbindelse med hvitvasking og terrorfinansiering. Spesialanbefaling 6 om alternative verdioverføringer tar sikte på å sikre at alle systemer for penge- og verdioverføring, både *formelle* og *uformelle utenfor* den alminnelige banksektoren³⁴, blir pålagt å følge tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering. Slike systemer må være underlagt visse minimumskrav i samsvar med FATFs anbefalinger. Siktemålet er å øke systemenes gjennomsiktighet.³⁵ Anbefalingen lyder slik:

”Each country should take measures to ensure that persons or legal entities, including agents, that provide a service for the transmission of money or value, including transmission through an *informal* money or value transfer system network, should be *licensed* or *registered* and subject to all FATF Recommendations that apply to banks and non-bank financial institutions. Each country should ensure that persons or legal entities that carry out this service *illegally* are subject to administrative, civil or criminal sanctions.” (min uth.)

Anbefalingen består således av tre hovedelementer og går ut på at hvert land skal sikre at:

- alle personer og foretak som overfører penger eller fordringer på vegne av andre skal ha *konsesjon* eller være *registrert*
- slike personer og foretak pålegges å følge FATFs anbefalinger
- de som driver *ulovlig*, enten i form av manglende tillatelse eller registrering, eller manglende overholdelse av relevante anbefalinger, blir gjenstand for administrative, sivile eller strafferettslige sanksjoner.

³³ Arbeidet resulterte i en rapport av 10. juni 2005.

³⁴ Se definisjon av ”alternative verdioverføringssystemer” ovenfor i pkt. 1.2.

³⁵ Se Interpretative Note to Special Recommendation 6 pkt. 1.

3.2 EU-direktiver

3.2.1 Hvitvaskingsdirektivene

Bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering er også høyt prioritert av EU og arbeidet har resultert i bl.a. hvitvaskingsdirektivene. Norge er som ledd i EØS-avtalen forpliktet til å gjennomføre disse. Direktivene er *minimumsdirektiver*, hvilket betyr at medlemsstatene har adgang til å fastsette strengere regler enn det som følger av direktivet. Første hvitvaskingsdirektiv, rådsdirektiv 91/308/EF, ble implementert i norsk rett gjennom finansieringsvirksomhetsloven § 2-17 med tilhørende forskrift. Bestemmelsen fastsatte plikter for finansinstitusjonene og deres ansatte som skulle bidra til å forebygge at finansinstitusjonene ble misbrukt til hvitvasking av utbytte.³⁶ Direktivet ble i 2001 avløst av annet hvitvaskingsdirektiv, europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/97/EF. Det nye direktivet førte til vedtakelsen av hvitvaskingsloven. Loven erstattet reglene i finansieringsvirksomhetsloven og trådte i kraft 1. januar 2004.

Tredje hvitvaskingsdirektiv, europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EF, ble vedtatt 26. oktober 2005. Direktivet er dels en revisjon og dels en videreutvikling av de foregående hvitvaskingsdirektiver. I motsetning til de to første hvitvaskingsdirektivene, er anvendelsesområdet i det siste utvidet ved at det også retter seg mot terrorfinansiering.³⁷ Direktivet skulle vært gjennomført i norsk rett innen 15. desember 2007. Så langt foreligger forslag til ny hvitvaskingslov i Ot.prp.nr.3 (2008-2009). Lovforslaget gjennomfører tredje hvitvaskingsdirektiv, men det har også blitt tatt hensyn til andre internasjonale forpliktelser og anbefalinger, herunder anbefalingene fra FATF.³⁸ Lovens iverksettelse er ventet i 2009.

³⁶ Se rapport fra arbeidsgruppe om hvitvasking pkt. 2.1.1.

³⁷ NOU 2007:10 pkt. 1.3.1.

³⁸ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 2.1.

Innholdet i hvitvaskingsdirektivene er langt på vei sammenfallende med innholdet i FATF-anbefalingene. Det fremgår bl.a. av fortalet til tredje hvitvaskingsdirektiv at det ved utformingen av tiltakene særlig må ses hen til anbefalingene utarbeidet av FATF.³⁹

3.2.2 Betalingstjenestedirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/64/EF om betalingstjenester i det indre marked, heretter betegnet ”betalingstjenestedirektivet”, ble vedtatt 13. november 2007 og skal gjennomføres i norsk rett innen 1. november 2009. Finansdepartementet har nedsatt et utvalg med representanter fra myndighetene og banknæringen som skal legge fram forslag til implementering av direktivet i norsk lovgivning innen 15. desember 2008. Direktivet er et *fullharmoniseringsdirektiv*, hvilket betyr at det enkelte land bare kan gjøre unntak fra direktivet hvis direktivteksten åpner for det. Som vi senere skal se, åpner betalingstjenestedirektivet for flere unntak fra kravet til fullharmonisering. Direktivet vil føre til at det på enkelte områder blir betydelig enklere å etablere lovlig betalingsvirksomhet i Norge.

3.3 FN-konvensjoner

FN-konvensjonen av 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme (Terrorfinansieringskonvensjonen) og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 om tiltak for å bekjempe terrorisme ble gjennomført i norsk rett ved endringslov 28. juni 2002 nr. 54. Gjennomføringen ledet til flere viktige endringer i norsk lovgivning. Av betydning i denne sammenheng er tilføyelsen av §§ 147 a og 147 b i straffeloven. Samtidig ble undersøkelses- og meldeplikten i dagjeldende § 2-17 i finansieringsvirksomhetsloven (i dag hvitvaskingsloven § 7) utvidet til å gjelde ved mistanke om slike straffbare handlinger.

Innføringen av FN-konvensjonen av 31. oktober 2003 mot korrupsjon (Korrupsjonskonvensjonen) førte bl.a. til revisjon av straffeloven § 317 om. Begrepet ”hvitvasking” ble innført og definert og selvvasking ble gjort til en straffbar handling.

³⁹ Se fortalets pkt. 5.

4 Dagens rettstilstand

Spesialanbefaling 6 pålegger statene å sikre at personer og foretak som driver pengeoverføringsvirksomhet enten har *konsesjon* eller *registreres*. Norge opererer med en *konsesjonsordning*. Som nevnt innledningsvis har lovgivningen som regulerer betalingsformidling fra Norge vært restriktiv, begrunnet med myndighetenes ønske om å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering. En framstilling av dagens regulering av pengeoverføringsvirksomhet nødvendiggjør en redegjørelse for to regelsett – konsesjonsordningen i finansieringsvirksomhetsloven og hvitvaskingslovgivningen.

4.1 Konsesjonsordningen

Hawala og andre typer UVS går ut på ”betalingsformidling med utlandet” og reguleres av finansieringsvirksomhetsloven kapittel 4a. Slik virksomhet er å anse som ”valutavirksomhet” etter § 4a-1 annet ledd første punktum. ”Betalingsformidling med utlandet” defineres i annet punktum som ”(...) utførelse av hele eller deler av et betalingsoppdrag der betalingsmidler stilles til disposisjon for mottaker i et annet land enn i det landet betalingsoppdraget blir gitt”. Av forarbeidene⁴⁰ fremgår at begrepet skal tolkes vidt og at både tradisjonelle betalingsoppdrag, hawalavirksomhet og fysisk forsendelse av kontanter vil omfattes. Definisjonen omfatter i det store og hele alle måter migranter i praksis sender penger til sine opprinnelsesland på, med unntak av når verdier føres fysisk ut i forbindelse med *egen* reise.⁴¹

Kapittel 4a ble tilføyet ved endringslov 20. juni 2003 nr. 44: *Lov om endringer i sentralbankloven og finansieringsvirksomhetsloven og om opphevelse av valutaloven og penge- og kredittregulering i forbindelse med den nye hvitvaskingsloven*. De nye reglene trådte i kraft 1.1.2004. Før lovendringen ble betalingsformidling med utlandet regulert i den nå opphevede valutareguleringsloven og valutareguleringsforskriften. Det var *forbudt* for andre enn Norges Bank og valutabanker å drive ervervsmessig betalingsformidling med

⁴⁰ Ot.prp.nr.81 (2002-2003) pkt. 6.7.4.

⁴¹ Kredittilsynet (2008) s. 10. Man kan bringe inntil 25 000 NOK ut av Norge i norske eller utenlandske sedler. Dersom verdien overstiger grensen, skal det deklarerer overfor tollvesenet.

utlandet på vegne av allmennheten, jfr. forskriftens kapittel 4 første ledd og lovens § 1. Forbudet skulle tolkes vidt slik at det også omfattet hawalavirksomhet.⁴²

Valutareguleringsloven § 18-2 hjemlet en adgang for Norges Bank til å gjøre unntak fra forskriftens bestemmelser ”i særskilte tilfeller”. Norges Bank og Finansdepartementet mottok flere henvendelser om unntak fra valutareguleringsforskriftens kapittel 4 i henhold til § 18-4 for å drive hawalavirksomhet.⁴³

I 2002 søkte Dahabshiil Foundation⁴⁴ om etablering av et betalingsformidlingssystem for overføringer av midler til Somalia. Norges Bank avsto søknaden⁴⁵ og Finansdepartementet behandlet klagen på Norges Banks vedtak. Klagen ble ikke tatt til følge og departementets begrunnelse⁴⁶ var tredelt. For det første fulgte det av tidligere praksis at unntaksbestemmelsen i § 18-4 skulle tolkes strengt. For det andre ble det vist til vanskelighetene ved å utføre tilfredsstillende kontroll ved slike betalingsystemer. Endelig ble det vist til hensynet til å forhindre hvitvasking og terrorfinansiering. Departementet konkluderte slik: ”Etter departementets vurdering tilsier disse hensynene at betalingsformidling overfor utlandet bare utføres av institusjoner under tilsyn. Departementet kan ikke se at de humanitære hensyn som anføres i denne saken er av en slik art eller av en slik tyngde at dette utgangspunktet bør fravikes”.

Lovendringen i 2004 førte til en *utvidelse* ved at også foretak med konsesjon som *finansieringsforetak* ble gitt adgang til å drive virksomhet som består i betalingsformidling med utlandet. Etter § 4a-1 første ledd kan valutavirksomhet, og dermed også betalingsformidling med utlandet, bare drives av foretak som nevnt i § 1-4 første ledd nr. 1, 3, 4 og 5. I praksis vil det være enklest å starte pengeoverføringsvirksomhet gjennom etablering av et finansieringsforetak, jfr. nr. 3.⁴⁷

⁴² Ot.prp.nr.72 (2002-2003) pkt. 10.2.1.

⁴³ Ot.prp.nr.81 (2002-2003) pkt. 6.7.2.

⁴⁴ Dahabshiil utgjør et av de antatt største UVS i Norge og driver virksomhet i flere norske byer. (Kilde: Kredittilsynet (2008) s. 9)

⁴⁵ Se brev fra Norges Bank.

⁴⁶ Se brev fra Finansdepartementet.

⁴⁷ Kredittilsynet (2008) s. 11.

Utvidelsen ble i forarbeidene⁴⁸ begrunnet med behovet for at virksomhet som går ut på betalingsformidling med utlandet drives innenfor betryggende rammer. Det hadde ”(...) særlig betydning å sikre at reglene om forebyggende tiltak mot hvitvasking av utbytte og finansiering av terrorisme ble fulgt opp i de foretakene som driver betalingsformidling i utlandet”. Det ble foretatt en avveining mellom hensynet til å hindre hvitvasking og terrorfinansiering, som talte mot utvidelsen til finansieringsforetak, og hensynet til ”(...) økt konkurranse og et bredere og mer tilgjengelig tilbud av slike tjenester (...)”. I tillegg var løsningen egnet til å oppfylle FATFs spesialanbefaling 6 om alternative overføringsmetoder.

Finansieringsvirksomhetslovens kapittel 3 stiller nærmere krav til finansieringsforetak. Etter § 3-2 første ledd skal finansieringsforetak organiseres som aksjeselskap, allmennaksjeselskap, selveiende institusjon (stiftelse) eller samvirkeforetak av lånetakere.

For at finansieringsforetak skal kunne drive finansieringsvirksomhet, kreves det ”tillatelse etter kapittel 3”, jfr. § 1-4 første ledd nr. 3. Samtidig fremgår det av § 4a-2 at det kan gis konsesjon som finansieringsforetak etter § 3-3 til foretak som bare driver valutavirksomhet. Etter § 3-3 første ledd første punktum er slik tillatelse konsesjon av Kongen. Kompetansen er videre delegert⁴⁹ til Kredittilsynet.

Søknaden oversendes Kredittilsynet og skal inneholde ”(...) de opplysninger som må anses å være av betydning for behandling av søknaden”. Vedtekter og driftsplan for de første tre år skal vedlegges, jfr. annet ledd. I tillegg må virksomhetens ledelse oppfylle *egnethetskravet* i tredje ledd. De må dokumentere nødvendig erfaring til å utøve stillingen eller vervet, samt tilfredsstillende vandel.

⁴⁸ Ot.prp.nr.81 (2002-2003) pkt. 6.7.

⁴⁹ FOR-1998-03-17-1566.

Viktigst i denne sammenheng er kravet til ansvarlig kapital i § 3-5. Et finansieringsforetak kan ikke stiftes "(...) med mindre aksjekapital eller grunnfond enn et beløp i norske kroner som svarer til 5 millioner euro". Kapitalkravet er med andre ord en betingelse for stiftelse av et finansieringsforetak.⁵⁰ Etter søknad kan det "i særlige tilfeller" gis dispensasjon fra kapitalkravet på 5 millioner, men kravet kan ikke settes lavere enn 1 million euro. Kompetansen her tilligger Kredittilsynet.⁵¹ Dispensasjonsadgangen har aldri blitt benyttet i forhold til UVS.⁵²

I en høringsuttalelse⁵³ til forslaget til nytt kapittel 4a i finansieringsvirksomhetsloven uttalte Kredittilsynet at "(...) slike betalingssystemer ikke må få dispensasjon eller tillatelse fra norske myndigheter for å drive sin virksomhet. Dette er uoversiktlig virksomhet som kan benyttes til hvitvasking og terrorfinansiering, og som det er vanskelig å føre noe effektivt tilsyn med".

Etter § 5-1 straffes *forsettlig* eller *uaktsom* overtredelse av lovens bestemmelser med bøter, eller under særlig skjerpene omstendigheter med fengsel inntil 1 år, med mindre forholdet rammes av en strengere straffebestemmelse.

Etter kredittilsynsloven § 1 nr. 6 skal Kredittilsynet føre tilsyn med finansieringsforetak. Forutsetningen for at tilsyn føres er at virksomheten drives *lovlig*.⁵⁴ Uformelle verdioverføringssystemer driver ulovlig virksomhet og er følgelig ikke underlagt Kredittilsynets tilsyn. Derimot har Kredittilsynet adgang etter kredittilsynsloven § 4a, til å pålegge stans av virksomhet overfor foretak som mangler nødvendig konsesjon. Dersom pålegg om stans ikke blir etterkommet, kan Kredittilsynet ilegge løpende mulkt inntil

⁵⁰ Norsk Lovkommentar, finansieringsvirksomhetsloven, note 224.

⁵¹ FOR-1998-03-17-1566.

⁵² Kredittilsynet (2008) s. 11.

⁵³ Ot.prp.nr.81 (2002-2003) pkt. 6.7.3.

⁵⁴ Ot.prp.nr.81 (2002-2003) s. pkt. 6.7.4.

forholdet rettes og den ulovlige virksomheten stanses, jfr. § 10 annet ledd.⁵⁵ Kredittilsynet har i denne forbindelse tidligere uttalt:⁵⁶

”Det fremgår videre av høringsnotatet at ’Personer og foretak som da vil drive betalingsformidling med utlandet uten konsesjon, kan sanksjoneres med pålegg og tvangsmulkt av Kredittilsynet etter kredittilsynsloven og overtredelsen vil være straffesanksjonert etter finansieringsvirksomhetsloven’. En forutsetter her at Kredittilsynet ikke tillegges tilsyn med slike uregulerte nettverk og systemer. Tilsynet legger her til grunn at dette er et uoversiktlig og komplekst tilsynsområde, som ikke har naturlig sammenheng med Kredittilsynets øvrige tilsynsoppgaver.”

Kredittilsynet opplyser at det per i dag ikke har gitt pålegg eller ilagt tvangsmulkt til personer eller foretak som har drevet betalingsformidling med utlandet uten konsesjon.⁵⁷

4.2 Hvitvaskingsregelverket

Hvitvaskingsregelverket vårt består av hvitvaskingsloven, hvitvaskingsforskriften⁵⁸, samt Kredittilsynets Rundskriv 9/2004. Loven er en oppfølging av EUs annet hvitvaskingsdirektiv⁵⁹, men også av revisjonen av FATFs anbefalinger.

§ 4 angir lovens anvendelsesområde. Etter nr. 4 gjelder loven for ”foretak og personer som driver virksomhet som består i overføring av penger eller pengefordringer”. Viktig er det å understreke at også hawala og andre UVS, som mangler konsesjon og således driver *ulovlig* virksomhet, er *rapporteringspliktige* og underlagt hvitvaskingslovgivningen. Løsningen er nødvendig for Norges gjennomføring av FATF anbefalingene, især spesialanbefaling 6.⁶⁰

⁵⁵ Ot.prp.nr.65 (1997-1998) pkt. 2.4.5.

⁵⁶ Ot.prp.nr.81 (2002-2003) pkt. 6.7.3.

⁵⁷ Kredittilsynet (2008) s. 6.

⁵⁸ FOR-2003-12-10 nr 1481.

⁵⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/97/EF.

⁶⁰ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) pkt. 10.2.4.

Lovens formål er ”(...) å forebygge og bekjempe hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger”, jfr. § 1. Også tiltak for å motvirke terrorhandlinger og terrorfinansiering rammes av hvitvaskingsregelverket – se bl.a. henvisningen til straffeloven §§ 147 a og 147 b i § 5 tredje ledd.⁶¹ Pliktsubjektene er pålagt en rekke plikter for å ivareta dette hensynet. Jeg skal i det følgende behandle hovedtrekkene i de sentrale pliktene i loven.

For det første pålegges pliktsubjektene å utføre kontrolltiltak overfor sine kunder (”customer due diligence”). § 5 fastsetter regler om *identitetskontroll* etter ”kjenn-din-kunde”-prinsippet, som internasjonalt anses for å være et av de viktigste virkemidlene for å hindre misbruk av det finansielle system. Rapporteringspliktige skal kreve gyldig legitimasjon ved etablering av kundeforhold.

Ved mistanke om at en transaksjon har tilknytning til utbytte av straffbar handling eller terrorfinansiering, har den rapporteringspliktige en *undersøkelses- og rapporteringsplikt* etter § 7. Hvitvaskingsforskriften § 10 fastsetter nærmere regler om hvilke forhold som kan utløse undersøkelsesplikt. Dersom undersøkelsen ikke avkrefter mistanken, skal det rapporteres til Økokrim.

Loven pålegger den rapporteringspliktige også en plikt til å *registrere* bestemte opplysninger om kunden, jfr. § 6, og *oppbevare* disse i fem år etter opphøret av transaksjonen eller kundeforholdet, jfr. § 8. Det skal etter § 13 etableres forsvarlige interne *kontroll- og kommunikasjonsrutiner* som sikrer oppfyllelse av pliktene, typisk ulike former for opplæring og oppfølging av rapporteringspliktiges ansatte, jfr. forskriftens § 16. Samtidig skal det utpekes en person på ledelsesnivå som skal ha et særskilt ansvar for håndtering av saker vedrørende hvitvasking og terrorfinansiering. *Forsettlig* overtredelse av hvitvaskingslovens bestemmelser straffes med bøter, jfr. § 16.

⁶¹ Rundskriv 9/2004 pkt. 1.4.

Flere av Kredittilsynets tilsynsobjekter er rapporteringspliktige etter hvitvaskingsloven. Kredittilsynet har et tilsynsmessig ansvar for at institusjonene som det har tilsyn med følger reglene om tiltak mot hvitvasking av utbytte og terrorfinansiering og kan i kraft av å være forvaltnings- og tilsynsorgan iverksette administrative tiltak, jfr. hvitvaskingsloven § 17. Uformelle aktører er rapporteringspliktige etter hvitvaskingsloven, men er som nevnt ovenfor *ikke* underlagt Kredittilsynets tilsyn. Det fremgår av forarbeidene til hvitvaskingsloven⁶² at det overfor rapporteringspliktige som i dag ikke er underlagt særskilt tilsyn, i alle tilfelle kan reageres mot brudd hvitvaskingsreglene med politianmeldelse.

4.3 Vurdering av dagens regler

Lovendringen som trådte i kraft i 2004 innebar en viss utvidelse i forhold til tidligere valutareguleringslov ved at også finansieringsforetak ble gitt adgang til å drive betalingsformidling med utlandet i tillegg til bankene. Hawalavirksomhet falt innenfor det utvidede anvendelsesområdet, men lovendringen innebar ingen realitetsendring i forhold til UVS, grunnet de strenge konsesjonsvilkårene.

Dagens regulering er et resultat av avveiningen mellom hensynet til å hindre hvitvasking og terrorfinansiering og hensynet til økt konkurranse på markedet for betalingstjenester. I forhold til UVS har ingen av hensynene blitt ivaretatt i tilstrekkelig grad. De strenge reglene gir ingen reelle konkurransemuligheter, men har tvert imot ledet til et betydelig uformelt marked. Dette er et marked som ikke er underlagt kontroll og tilsyn, hvilket igjen øker faren for hvitvasking og terrorfinansiering. Mange av kundene mangler alternative måter å overføre penger på. Når deres behov ikke imøtekommes på andre måter, resulterer det i et regelverk som ikke følges og at store grupper tvinges til lovbrudd.

⁶² Ot.prp.nr.72 (2002-2003) pkt. 8.5.

5 UVS i praksis

5.1 Etterforskede saker

Enheten for finansiell etterretning (EFE) er et team ved Økokrim hvis oppgave er å motta rapporter om mistenkelige transaksjoner fra rapporteringspliktige i henholdt til hvitvaskingsloven, såkalte MT-rapporter. EFE er Norges FIU (Financial Intelligence Unit). FATFs anbefaling 26 oppfordrer alle medlemsland å opprette en FIU som fører tilsyn med transaksjoner som ledd i det internasjonale arbeidet med bekjempelse av hvitvasking.⁶³ EFE har i løpet av de siste årene mottatt enkelte henvendelser om aktører som mistenkes for å drive betalingsformidling med utlandet uten konsesjon.⁶⁴ I følge Økokrim er det i hovedsak innvandrere fra Somalia og kurdiske områder i Irak som driver og benytter seg av UVS i Norge, men også enkelte innvandrere fra Afghanistan, Irak og Sri Lanka.⁶⁵

Det er etterforsket ni UVS saker i Norge siden 1999, hvorav to somaliske og syv irakisk-kurdiske systemer.⁶⁶ I oktober 2001 aksjonerte Økokrim for første gang mot to hawalavirksomheter i Oslo, begge somaliske. Virksomhetene tilhørte to store internasjonale hawalanettverk – Dahabshiil og Barakaat. Syv menn ble pågrepet, mistenkt for terrorfinansiering. Kort tid etter viste det seg at det ikke forelå holdepunkter for slike beskyldninger, men de syv ble likevel dømt for bl.a. ulovlig betalingsformidling med utlandet.

⁶³ EFE (2007).

⁶⁴ EFEs oppgave er å motta MT-rapporter, analysere informasjonen og videreformidle denne til rette instans (bl.a. politi og forvaltningsorganer med kontrollopgaver) når vilkårene for dette er oppfylt. I de fleste tilfeller videreformidles informasjonen i form av etterretningsrapporter. Det må imidlertid understrekes at det å sende en MT-rapport til EFE *ikke* er det samme som å anmelde en sak til politiet. Hvorledes informasjonen EFE sender ut, for eksempel til politiet, skal brukes, ligger utenfor EFEs kompetanseområde. Denne *kan* danne grunnlag for anmeldelse, men EFE etterforsker ikke straffesakene selv. (Kilde: EFE (2007))

⁶⁵ Økokrim (2007) s. 7.

⁶⁶ Økokrim (2007) s. 5.

Systemene er organisert noe forskjellig, men hovedtrekkene er de samme (se for øvrig pkt. 2.2.1). I de etterforskede sakene ble midlene sendt som samlesendinger, mellom 5 og 15 ganger i måneden. Tre forskjeller kan imidlertid påpekes. De somaliske aktørene var som regel knyttet til et foretak, mens de irakiske ofte ble drevet av privatpersoner. Somaliere utførte direkte overføringer som oftest til samme mottaker, mens de irakiske hadde flere ulike mottakere, hvilket trolig har sammenheng med det sterke innslaget av varekjøp i systemet (i motsetning til direkte pengeoverføringer). Omsetningstallene var av ulik størrelse, og systemene opererte i alt fra fem måneder til fire år. Til sammen ble det overført om lag 600 millioner kroner gjennom disse systemene i perioden 1999-2007.⁶⁷ Seks av sakene endte med fellende dom, to med forelegg og en ble henlagt. Sakene om Dahabshiil og Barakaat ble anket helt til Høyesterett.

5.2 Rettspraksis

En gjennomgang av foreliggende rettspraksis på området er for det først egnet til å kaste lys over hvorledes reglene har fungert i praksis. For det andre kan den bidra med nyttig informasjon ved utformingen av et nytt regelverk som vil gjøre det lettere for dagens uformelle aktører å drive lovlig pengeoverføringsvirksomhet. Fremstillingen er basert på en analyse av 11 avgjørelser – seks fra tingretten, tre fra lagmannsretten og to høyesterettsavgjørelser. I alle sakene ble det drevet hawalavirksomhet. Straffesakene har vært rettet mot de som *driver* systemene, hovedmenn og agenter, *ikke* brukerne. Det tas ikke sikte på å gi en fullstendig analyse av rettspraksis, kun et utvalg av strafferettslige spørsmål vil bli behandlet.

5.2.1 Brudd på reglene om betalingsformidling med utlandet

I *alle* avgjørelsene forelå det ulovlig betalingsformidling med utlandet, ved at virksomheten manglet tillatelse, og dermed brudd på valutareguleringsloven eller finansieringsvirksomhetsloven, avhengig av tidspunktet for den ulovlige virksomheten.

⁶⁷ Økokrim (2007) s. 7.

I flere av sakene ble det reist spørsmål om hvorvidt tiltalte hadde vært i *unnskyldelig rettsvillfarelse* med hensyn til virksomhetens lovlighet, hvilket fører til straffrihet, jfr. straffeloven § 57. Unnskyldelig villfarelse betyr *aktsom villfarelse*, villfarelsen må ikke kunne legges gjerningsmannen til last.⁶⁸ At gjerningsmannen er utenlandsk kan være en relevant unnskyldningsgrunn. Momenter som kan være av betydning i denne sammenheng er bl.a. hvor lenge gjerningsmannen har oppholdt seg i Norge og hvorvidt slik virksomhet er lovlig i hans hjemland. I en dom fra Oslo tingrett avsagt 24.11.2006 fant retten det bevist at tiltalte hadde vært uaktsom til tross for at hawalavirksomhet var lovlig i hans hjemland. Dette hadde "(...) sammenheng med at han som operatør på et slikt forretningsområde hadde en særlig plikt til å sette seg inn i vilkårene for å drive virksomheten. Virksomheten var også betydelig". Den klare hovedregel i norsk rett er at den som beveger seg inn på et spesielt fag- eller aktivitetsområde, plikter å kjenne regelverket på området fullt ut,⁶⁹ det legges med andre ord en strengere aktsomhetsnorm til grunn.

Også i Barakaat tingrettsdom⁷⁰ ble unnskyldelig rettsvillfarelse påberopt. Det ble bl.a. anført at tiltalte hadde kommet inn i et system som hadde pågått over lang tid og at han av denne grunn verken kjente eller burde ha kjent til bestemmelsene i valutareguleringsloven. Retten fant det bevist over enhver rimelig tvil at tiltalte kjente til at det kreves særlig tillatelse for å drive valutaoverføring. Tiltalte "(...) var mer enn en vanlig ansatt og hadde en mer sentral rolle i virksomheten for hele den perioden tiltalen gjelder". For øvrig var alle fire tiltalte norske statsborgere og hadde bodd i Norge i en lengre periode. De hadde "(...) samme plikt som andre nordmenn til å sette seg inn i de lover og regler som gjelder for en virksomhet".

I flere av sakene ble også *nødrett* påberopt som straffrihetsgrunn. Et av vilkårene etter straffeloven § 47 er at det må foreligge en *nødssituasjon*. Barakaat overførte penger til

⁶⁸ Andenæs (2004) s. 259.

⁶⁹ Eskeland (2006) s. 319.

⁷⁰ Oslo tingretts dom av 22. mai 2003.

Somalia. Retten⁷¹ var i og for seg enig i at tilstanden for innbyggerne i Somalia kunne betraktes som en nødrettssituasjon. Kravet om at faren må true ”noens person eller gods” tolkes utvidende til å omfatte en hvilken som helst beskyttelsesverdig interesse.⁷² Det ble bl.a. pekt på at svært mange somaliere er avhengig av hjelp fra sine slektninger i Norge. Samtidig finnes det ikke noe bankvesen som kan ta imot overføringene fra utlandet.

Spørsmålet var om hawalavirksomheten, som medførte brudd på valutareguleringsloven, kunne betraktes som en *nødrettshandling* som kunne føre til straffrihet. Loven angir ingen begrensning med hensyn til handlingens karakter,⁷³ men det må foretas en *interesseavveining*. Det som skal reddes må være ”særdeles betydelig” i forhold til skaden ved handlingen. I dette tilfellet ble den vanskelige situasjonen i Somalia satt opp mot de hensyn valutareguleringsloven ivaretok. Retten bemerket at ”(...) loven i tiden som tiltalen gjelder, har hatt klare hensyn i forhold til å bekjempe hvitvasking. De interesser som loven beskytter, er således ikke uvesentlige og kan ikke enkelt settes til side i forhold til enhver nødrettssituasjon som måtte oppstå.” Situasjonen i Somalia var meget vanskelig, men det fantes etter rettens mening alternativer til å bryte valutareguleringslovgivningen. Selv om det forelå en nødrettssituasjon, var det ikke nødvendig med nødrettshandlingen for å avverge faren. De tiltalte kunne *ikke* gå straffri som følge av nødrett. Lagmannsretten⁷⁴ tilføyde at det forhold at ”(...) andre overføringsmetoder kan være ”upraktiske”, gjør ikke at det foreligger en nødssituasjon som kan føre til straffrihet. (...) Hensynet til fare for hvitvasking av penger er videre et moment som er kommet frem med økt styrke de senere årene”.

5.2.2 Brudd på hvitvaskingsreglene

I flere av hawalasakene ble de tiltalte dømt for brudd på hvitvaskingsreglene i tidligere finansieringsvirksomhetslov § 2-17 eller gjeldende hvitvaskingslov. Da skyldkravet er

⁷¹ Oslo tingretts dom avsagt 22. mai 2003.

⁷² Eskeland (2006) s. 237.

⁷³ Andenæs (2004) s. 183.

⁷⁴ LR-2003-12002.

forsett, har tiltalepunktene bydd på vanskelige bevisvurderinger. Særlig har forsettlig brudd på *undersøkelsesplikten* vist seg vanskelig å bevise.

I Barakaat tingretts dom ble brudd på finansieringsvirksomhetslovens hvitvaskingsbestemmelse rettskraftig avgjort. Tiltalen gjaldt unnlatt kundekontroll og oppbevaring av legitimasjonsdokumenter, samt manglende undersøkelse av mistenkelige transaksjoner. Retten fant det bevist at tiltalte hadde kjent til den legitimasjonsplikt som alminnelige banker har i forhold til uttak og overføring av valuta og at den virksomheten han selv drev hadde en tilsvarende plikt. Forsett ble derimot ikke bevist i forhold til brudd på plikten til å oppbevare opplysninger og heller ikke i forhold til undersøkelsesplikten ved mistenkelige transaksjoner.

I Bergen tingretts dom avsagt 8.3.2006 fant retten det bevist, på bakgrunn av virksomhetens omfang og tiltaltes rolle som leder, at han forsettlig hadde unnlatt å oppbevare nødvendige dokumenter brukt i forbindelse med legitimasjon. Men heller ikke her var det mulig å bevise forsettlig brudd på undersøkelsesplikten. Retten fant det "(...) ikke bevist at tiltalte hadde hatt mistanker om straffbare handlinger og at han således burde foretatt nærmere undersøkelser for å få avkreftet eller bekreftet mistanken". Forsettlig overtredelse av undersøkelsesplikten ble imidlertid funnet bevist i en dom avsagt av Vinger og Odal tingrett avsagt 28.4.2005. Dette ble begrunnet bl.a. med at tiltalte hadde kjent til at innskudd ble foretatt i andre navn enn de reelle innskytternes, hvilket var et forhold som utløste undersøkelsesplikt.

5.2.3 Brudd på andre regler

I tillegg til ulovlig betalingsformidling med utlandet og brudd på hvitvaskingsreglene, gjelder sakene ellers brudd på ligningsloven, regnskapsloven, skattebetalingsloven og merverdiavgiftsloven.

Overtredelsene av regnskapslovgivningen bestod i at det ikke ble ført regnskap for virksomheten. Ei heller ble det innlevert selvangivelse til ligningsmyndighetene. I

Dahabshiil tingretts dom⁷⁵ ble det uttalt at virksomheten var organisatorisk, inntektsmessig og utgiftsmessig organisert slik at den var å anse som et selskap som driver økonomisk virksomhet. Bl.a. hadde inntektene kommet fra gebyrer, og virksomheten var egnet til å gå med overskudd. Hawalavirksomheten var å anse som regnskapspliktig virksomhet, jfr. regnskapsloven § 1-2. I flere av tilfellene ble forholdet ansett for å være særlig skjerpene bl.a. fordi betalingsformidlingen foregikk i lengre tid og gjaldt et stort antall transaksjoner og betydelige beløp. Barakaat hadde ført en oversikt over innbetalinger og overføringer som ble foretatt i virksomheten. Tingretten kom imidlertid til at "(...) dette på ingen måte tilfredsstiller kravene etter regnskapsloven".

5.2.4 Brudd på straffeloven § 317

I fem av de seks hawalasakene som har vært forelagt for norske domstoler siden 2003, gjaldt tiltalen brudd på straffeloven § 317. Det ble fallende dom i to av avgjørelsene. Per i dag er ingen domfelt for terrorfinansiering i forbindelse med ulovlig pengeoverføringsvirksomhet i Norge.

I Dahabshiil tingretts dom ble tiltalte domfelt for uaktsomt heleri for å ha medvirket til at USD 103 660, som var utbytte fra straffbare handlinger, ble formidlet videre gjennom systemet. Retten fant at tiltalte hadde opptrådt uaktsomt "(...) fordi virksomheten burde ha vært innrettet slik at de som sendte store beløp ble konfrontert med hvor pengene stammet fra – dersom det ikke var på det rene (...)". Da tiltalte hadde en ledende rolle i virksomheten, var han ansvarlig for å utarbeide tilfredsstillende rutiner. Tiltalte kunne ha spurt avsender om pengenes opprinnelse og bedt om dokumentasjon. Det forelå med andre ord handlingsalternativer. Følgelig var uaktsomhetskravet oppfylt.

I dommen fra Oslo tingrett fra 2006⁷⁶ ble en av de tiltalte domfelt for forsettlig heleri av 592 354 kroner. Tiltalte hadde medvirket til å sende lønn som han visste kom fra "svart"

⁷⁵ Oslo tingretts dom av 10. juli 2003.

⁷⁶ Oslo tingretts dom av 24. november 2006.

arbeid ut av landet gjennom hawalasystemet og slik bistått med å sikre utbytte fra straffbar handling.

Et vilkår for straffbarhet etter strl. § 317 er at forholdet gjelder ”utbytte fra en straffbar handling”. I de tre øvrige sakene fant ikke retten det bevist ut over enhver rimelig tvil at utbyttet stammet fra en straffbar handling. De tiltalte ble frifunnet for overtredelse av straffeloven § 317.

5.2.5 Straffutmåling

Som tidligere nevnt har straffesakene vært rettet mot hovedmenn og agenter. Reaksjonene har i hovedsak vært fengselsstraff og bøter, samt inndragning og rettighetstap. Rt. 2005 s. 716 (Barakaat) og Rt. 2005 s. 723 (Dahabshiil) har vært veiledende for fastsettelse av straff i senere hawalasaker.⁷⁷ Fengselsstraffen for hovedmennenes lovbrudd ble i disse dommene satt til ett års fengsel, hvorav seks måneder ble gjort betinget. I Rt. 2005 s. 716 uttalte Høyesterett at de ”(...) dominerende forhold ved straffutmålingen er overtredelsene av regnskapsloven og ligningsloven”.

Et hovedspørsmål ved straffutmålingen var om, og i tilfelle i hvilken grad, de domfeltes *nødhjelpsmotiv* skulle tillegges vekt. Det ”klare humanitære hovedformål ved virksomheten” ble i begge sakene tillagt vekt i formildende retning. I den perioden sakene gjaldt, fantes det ikke realistiske alternativer for pengeoverføringer fra Norge til Somalia gjennom det ordinære bankvesen. Til tross for andre lovlige metoder, la retten vekt på at disse ”(...) ville ha tatt lengre tid og ha vært vesentlig dyrere”. Retten uttalte at selv om ”(...) også humanitære organisasjoner må innrette sin virksomhet etter de krav lovgivningen stiller, er graden av straffverdighet ikke den samme når virksomheten har et humanitært formål som når det utelukkende blir drevet med sikte på egen vinning”. Denne formildende omstendigheten gjorde seg gjeldende både i forhold til den ulovlige betalingsformidlingen, men også bruddet på hvitvaskingsreglene, og bruddet på regnskaps-

⁷⁷ Ble bl.a. uttalt i Oslo tingretts dom avsagt 24.11.2006.

og ligningsloven. I motsetning til Lagmannsretten⁷⁸, som mente at virksomheten bevisst ”(...) ble kamuflert som nødhjelpsvirksomhet, mens det i realiteten har vært tale om global pengeoverføring”, la Høyesterett til grunn at det faktisk forelå et nødhjelpsmotiv. På den annen side ble det som et skjerpene moment lagt vekt på ”(...) at det ved internasjonal betalingsformidling av den karakter vi her står ovenfor, blir åpnet for ”hvitvasking” av penger fra kriminell virksomhet”. Til tross for at det ikke fantes konkrete bevis for hvitvasking i dette tilfellet, var en slik fare tilstrekkelig. Ved vurderingen av virksomhetens straffverdighetsgrad måtte ”(...) det likevel tas hensyn til at den gav åpning for slik ’hvitvasking’”.

I disse to høyesterettsavgjørelsene gjorde ytterligere to formildende omstendigheter seg gjeldende. For det første hadde de tiltalte i betydelig grad bidratt til oppklaring av egen sak, og for det andre ble det lagt vekt på at Økokrim under etterforskningen av saken gikk ”svært hårdhendt frem”.

Momentene har gått igjen i flere senere avgjørelser. Forskjellene som begrunnet andre løsninger med hensyn til straffutmåling bestod bl.a. i beløpenes størrelse og antall transaksjoner, altså virksomhetens omfang.

I to av avgjørelsene ble nødhjelpsbetraktninger ikke vektlagt ved straffutmålingen. I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 27.6.2007⁷⁹ la retten til grunn at ”(...) formålet med virksomheten var å tjene penger”. Heller ikke en dom fra Nedre Romerike tingrett avsagt 28.6.2006 fant retten grunnlag for å konstatere at virksomheten hadde hatt karakter av nødhjelp. Dette til tross for at det i en rekke tilfeller ble overført penger til personer i svært vanskelige situasjoner. ”Forholdet hadde tvert i mot hatt en klar karakter av næringsvirksomhet og utgjort tiltaltes levevei.”

⁷⁸ LR-2003-12002.

⁷⁹ LR-2007-21214.

I to andre tingrettsavgjørelser ble et annet moment vektlagt ved straffutmålingen, nemlig hvorvidt de tiltalte hadde forsøkt å holde virksomheten skjult. I dommen fra Vinger og Odal tingrett talte det i formildende retning at det ikke ble gjort forsøk på å skjule virksomheten. De tiltalte hadde kontaktet ligningsmyndighetene, det ble innbetalt forskuddsskatt, og det ble sendt søknad til Brønnøysundregisteret. Søknaden ble imidlertid avslått. I tillegg ble politiet kontaktet om lovligheten.

Hvis den skyldige viser seg å være uskikket til å inneha en stilling eller utøve en virksomhet, eller det foreligger fare for gjentatt misbruk, kan *rettighetstap* etter straffeloven § 29 nr. 1 idømmes ”når almene hensyn krever det”. I Rt. 2005 s. 716 ble hovedmann fradømt retten til å drive selvstendig næringsvirksomhet, til å ha stilling som daglig leder eller annen ledende stilling i noen selskap, samt til å sitte i noe selskaps styre. De forsettlig og grove lovbrudd medførte et stort antall transaksjoner på mer enn 90 millioner kroner, og en bruttoinntekt på om lag fem millioner ble holdt skjult for norske myndigheter. Rettighetstapet ble idømt for tre år. Tilsvarende ble resultatet i Rt. 2005 s. 723.

I flere av sakene ble det idømt *inndragning* etter straffeloven § 34. Bestemmelsen fastslår at utbytte av en straffbar handling skal inndras. Fortjenesten som de tiltalte hadde hatt i form av provisjoner og inntekter var å anse som ubytte. Da den inntektsbringende virksomheten bestod i straffbare handlinger, forelå det tilstrekkelig årsakssammenheng mellom disse og utbyttet. Fastsettelsen av inndragningsbeløpet kan imidlertid by på problemer, da det i denne type virksomhet sjelden foreligger regnskaper eller dokumentasjon som kan belyse størrelsen av fortjenesten. I slike tilfeller har retten en adgang til skjønnsmessig fastsettelse av inndragningsbeløpet, jfr. annet ledd.

5.2.6 Mulig medvirkningsansvar

I foreliggende hawalasaker har medvirkere i hovedsak vært personer som har spilt mindre roller i virksomheten eller personer som har stilt sine konti til disposisjon og på denne måten medvirket til ulovlig pengeoverføringsvirksomhet. Andre involverte aktører har *ikke*

blitt stilt til ansvar. Jeg skal i dette punktet ta stilling til spørsmålet om mulig medvirkningsansvar for kunde og bank. For fullstendighetens skyld nevnes at medvirkning her er straffbart etter straffebudets tekst, jfr. finansieringsvirksomhetsloven § 5-1 (og tidligere valutareguleringslov § 10).

Medvirkningsansvaret er et selvstendig ansvar, hvilket betyr at straffbarhetsvilkårene må være oppfylt hos den enkelte deltaker for at han skal kunne straffes. Det er sikker rett at medvirkningshandlingen ikke behøver å ha vært nødvendig for forbrytelsens utførelse og fullbyrding for at medvirkningsansvar skal kunne oppstå. Men medvirkningen må ha hatt en eller annen funksjon i forbindelse med forbrytelsen.⁸⁰ Medvirkeren kan straffes for uaktsom overtredelse selv om hovedmannen straffes for forsettlig overtredelse.⁸¹

Kan *banken*, hvis konto benyttes som ledd i hawalavirksomheten, holdes ansvarlig for uaktsomt å ha medvirket til ulovlig pengeoverføringsvirksomhet? Banken er i kraft av å være en profesjonell aktør underlagt et strengere medvirkningsansvar. På den annen side er banken underlagt undersøkelses- og rapporteringsplikt i medhold av hvitvaskingsloven. Økokrim opplyser om at EFE jevnlig mottar rapporter fra norske banker om transaksjoner der det foreligger mistanke om pengeoverføringsvirksomhet uten konsesjon. Når denne plikten er oppfylt, kan det vanskelig tenkes at medvirkningsansvaret kan strekke seg lengre. Men dersom banken forsømmer sin undersøkelses- og rapporteringsplikt, kan det være aktuelt med et medvirkningsansvar (uaktsom medvirkning).

Kan *kunden*, som benytter seg av den ulovlige pengeoverføringstjenesten, straffes for forsettlig eller uaktsom medvirkning i henhold til finansieringsvirksomhetsloven § 5-1? I utgangspunktet kan et slikt ansvar tenkes. På den annen side stilles det ikke like strenge krav til aktsomhet for en alminnelig kunde som for den som driver virksomheten, hvilket betyr at rettsvillfarelse lettere kan føre til straffrihet i slike tilfeller. Kundene er i all

⁸⁰ Matningsdal (2003) s. 528.

⁸¹ Andenæs (2004) s. 339.

hovedsak personer med innvandrerbakgrunn med lite kjennskap til norske forhold, og ofte er hawalavirksomheten lovlig i hjemlandet.

Lovens ordlyd er ikke til hinder for løsninger av denne typen, men spørsmålene har per i dag ikke blitt reist i praksis. Problemstillingene kan imidlertid være interessante i relasjon til en fremtidig regulering av UVS.

5.2.7 Vurdering av rettspraksis

Det kan pekes på enkelte forhold som kan reise tvil ved domstolenes konsekvens hva gjelder behandlingen av hawalasaker.

For det første vil jeg peke på den ulike behandlingen av hvitvaskingslovgivningen i sakene om Barakaat og Dahabshiil. Dette er saker som ble pådømt omtrent samtidig og som har store likhetstrekk. Begge gjaldt somaliske systemer som var knyttet til store internasjonale nettverk. Saken om Barakaat ble pådømt først. I forhold til hvitvaskingsreglene, gjaldt tiltalen som nevnt både brudd på reglene om kundekontroll og undersøkelsesplikten. Det ble foretatt visse undersøkelser i forhold til pengeoverføringene, men disse var sporadiske, overfladiske og tilfeldige. Tiltalte ble dømt for brudd på legitimasjonsplikten. I saken om Dahabshiil ble ikke tiltalte satt under tiltale for overtredelse av hvitvaskingsreglene. Retten trakk imidlertid momentene inn i tiltaleposten om uaktsom hvitvasking. Tiltalte hadde opptrådt uaktsomt i forhold til hvitvasking ”(...) fordi virksomheten burde ha vært innrettet slik at de som sendte store beløp ble konfrontert med hvor pengene stammer fra (...). De personer som sendte store beløp med ukjent opphav skulle kort og godt være spurt om hvor pengene kom fra, og bedt om å dokumentere dette”. Kravene til kundekontroll og undersøkelsesplikt i hvitvaskingsloven (dagjeldende finansieringsvirksomhetslov § 2-17) går nettopp ut på dette. Meget kan tyde på at spørsmålet ble oversett av aktor.

Det kan også reises kritikk mot Høyesteretts behandling av straffespørsmålet i Barakaat. Det legges etter min mening altfor stor vekt på ”det klare humanitære hovedformål ved virksomheten”. Riktignok ble ikke virksomheten drevet utelukkende med sikte på egen vinning, men det ble funnet bevist at tiltalte hadde hatt inntekter av virksomheten. I

avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett fra 2007 la retten til grunn at formålet med virksomheten var å tjene penger. Det ble ikke funnet holdepunkter for å legge nødhjelpsbetraktninger til grunn. I dommen fra Nedre Romerrike tingrett kom retten til at virksomheten hadde "(...) en karakter av næringsvirksomhet og utgjort tiltaltes levevei". Muligens kan dette ses på som tendens i retning av strengere bedømmelse av virksomhetens humanitære karakter og mer vektlegging av profittmotivet.

6 Legaliseringsproblematikken

6.1 Innledning

I oktober 2007 utgav Økokrim rapporten *Uformelle verdioverføringssystemer i Norge – en strategisk analyse*.⁸² Hensikten var å kartlegge UVS i Norge, bl.a. omfang, aktører, organisering og motiv. Økokrim konkluderte på følgende måte:

"Vi fornemmer to ulike strategier for å søke å få bukt med utfordringene. Den ene er at norsk politi i større grad prioriterer etterforskning av denne type saker, og på den måten håndhever reguleringen slik at omfanget reduseres. En annen strategi kan være at beslutningstakere i Norge vurderer en annen praksis i forhold til konsesjon av betalingsformidling til utlandet. På den måten kan forholdene legges bedre til rette for innvandrere som ønsker å overføre midler tilbake til hjemlandet, samtidig som det sikrer innsyn og mulighet for kontroll for norske myndigheter."

I brev av 12. mars 2008 oversendte Finansdepartementet Økokrims rapport til Kredittilsynet. Kredittilsynet fikk i oppdrag å vurdere mulige regelverksendringer for å gjøre det enklere og rimeligere for migranter å sende penger til hjemlandet gjennom lovlige betalingskanaler. I brevet heter det bl.a.:

"Departementet ber om at Kredittilsynet vurderer aktuelle endringer i regelverket, og særlig finansieringsvirksomhetsloven kapittel 4a om valutavirksomhet, som på en forsvarlig måte kan bidra

⁸² Økokrim (2007).

til å legge forholdene bedre til rette for at migranter lovlig kan sende penger til hjemlandet. Kredittilsynet bør vurdere i hvilken grad slike endringer i regelverket vil gjøre det lettere for ulike innvandrergupper å sende penger til opprinnelseslandet, den faktiske muligheten for å føre tilsyn med slik betalingsformidling, risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering gjennom foretak som har myndighetenes tillatelse til å drive betalingsformidling med utlandet og konsekvenser for tilliten til konsesjonssystemet og betalingsinfrastrukturen som det kan medføre.”

15. september 2008 kom Kredittilsynets svar på oppdraget, rapporten *Reguleringen av pengeoverføringer fra Norge – en vurdering av muligheten for å gjøre pengeoverføring enklere, rimeligere og lovlig*.⁸³

Vi befinner oss i en *brytningstid* når det gjelder regulering av UVS i Norge. Som vi har sett, gir finansieringsvirksomhetsloven og hvitvaskingsloven en omfattende regulering av pengeoverføringsvirksomhet i dag. Regelverket vil bli gjort til gjenstand for betydelige endringer i nær fremtid som følge av gjennomføringen av betalingstjenestedirektivet og EUs tredje hvitvaskingsdirektiv.

Hvordan lar en legalisering av UVS seg gjennomføre i praksis? Hvilke utfordringer vil myndighetene stå overfor ved utformingen av det nye regelverket? Hvilke hensyn må avveies mot hverandre? Dette er noen av spørsmålene som søkes besvart i denne delen av oppgaven. Viktig er det imidlertid å presisere at ingenting ennå er avgjort. Det eneste sikre er rammene oppstilt av betalingstjenestedirektivet og hvitvaskingsdirektivet.

6.2 Fordeler ved å legalisere UVS

Begrunnelsen for dagens strenge regulering av UVS har vært at den best bidrar til å bekjempe hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger og finansiering av terrorvirksomhet. Nå stilles det spørsmålsteget ved resonnementets holdbarhet. En liberalisering av konsesjonsvilkårene vil gjøre det enklere å etablere virksomheten i lovlige former, hvilket vil sikre myndighetene *innsyn og kontroll*. Faren for hvitvasking og

⁸³ Kredittilsynet (2008).

terrorfinansiering vil med dette reduseres. Men forutsetningene er, som vi skal se nedenfor, mange.

I tillegg har det blitt hevdet at innvandrernes pengeoverføringer har en ønskelig *utviklingseffekt* og spiller en viktig rolle i verdensøkonomisk sammenheng. Overføringene kan bidra til fattigdomsreduksjon og vekst i mottakerlandet.⁸⁴ Av denne grunn er det svært ønskelig å gjøre det enklere og rimeligere for migranter å overføre penger til opprinnelseslandet. En slik effekt må dog ikke overvurderes.

Legalisering er også ønskelig ut ifra et *konkurransperspektiv*. Dagens strenge regulering gjør at det finnes få alternative overføringsmetoder. Økt tilgjengelighet av alternative tjenester vil føre til mer konkurranse på markedet for pengeoverføringstjenester, hvilket igjen vil lede til en lavere pris. Lett tilgjengelige og rimelige, lovlige overføringsmetoder vil redusere faren for at kundene velger tjenesteytere som opererer ulovlig. Økt konkurranse er også en viktig målsetting i EUs betalingstjenestedirektiv.

Legalisering av UVS vil også kunne tenkes å ha en positiv innvirkning på *integreringspolitikken* i Norge.⁸⁵ Slik situasjonen er i dag, tvinges store innvandrergupper til lovbrudd, hvilket kan ha svært uheldige konsekvenser for integreringsprosessen. Innvandrere fra Somalia og Irak utgjør store deler av innvandrerbefolkningen i landet.⁸⁶

Ulempene ved å legalisere UVS kan sies å være de mange utfordringene som myndighetene vil bli stilt overfor.

⁸⁴ NOU 2008:14 pkt. 9.3.11.

⁸⁵ PRIO (2007) s. 60.

⁸⁶ Ved inngangen til 2006 var det 20 076 innvandrere fra Irak og 18 015 innvandrere fra Somalia i Norge. (Kilde: Økokrim (2007) s. 7)

6.3 Noen svenske erfaringer

Betalingstjenestedirektivet vil medføre store endringer i de europeiske landenes regulering av pengeoverføringsvirksomhet. Til tross for disse endringene har jeg valgt å gjøre kort rede for enkelte svenske erfaringer basert på dagens regulering. Det er naturlig å innhente erfaringsmateriale fra Sverige, og informasjonen kan være nyttig ved utformingen av et nytt regelverk knyttet til UVS her i landet.

I motsetning til Norge hvor virksomheten må ha konsesjon for å drive pengeoverføring, opererer Sverige med en *registreringsordning*.⁸⁷ Virksomheter som driver pengeoverføring, herunder hawala og andre typer UVS, faller inn under betegnelsen ”finansiella institut” og må registrere sin virksomhet hos Finansinspektionen⁸⁸ (heretter kalt FI) for å kunne drive sin virksomhet. Registreringsordningen er regulert i *lag (1996:1006) om anmälningsplikt avseende viss finansiell verksamhet*.

Virksomhetene er ikke underlagt FIs tilsyn, men en begrenset kontroll. For det første foretar FI en *egnethetsvurdering* av eiere og ledelse ved registreringen og utfører deretter en *årlig kontroll* for å sikre at de registrerte foretak oppfyller de krav som stilles til dem. For det andre krever FI inn *registreringsavgift* og årlig *tilsynsavgift*. Registreringsavgiften er SEK 5 000 og 11 500 for henholdsvis fysisk og juridisk person, og tilsynsavgiften 3 000 og 10 000. For det tredje har FI plikt til å kontrollere at de *interne reglene* er i samsvar med det svenske hvitvaskings- og terrorfinansieringsregelverket. Overfor virksomheter som ikke registrerer seg eller som på annet vis ikke oppfyller de krav som stilles til dem, har FI adgang til å kreve at forholdet bringes til opphør. Manglende registrering kan ikke sanksjoneres på annet vis. Fra 1. april 2008 fikk FI adgang til å foreta stedlig tilsyn hos foretakene. Kontrollen er imidlertid begrenset til områdene hvitvasking og terrorfinansiering. Ved brudd på hvitvaskingsregelverket risikerer aktørene bøter.

⁸⁷ Oversikt hentet fra www.fi.se. Se Kredittilsynet (2008) s. 12.

⁸⁸ Finansinspektionen tilsvarer Kredittilsynet i Norge.

Svenske myndigheter vedkjenner store svakheter ved dagens ordning. Mange foretak velger ikke å registrere seg, og myndighetene har ingen effektiv kontroll med hawala. Et vesentlig problem er at FI mangler reelle sanksjonsmuligheter. For øvrig opplyses om at tilsynsarbeidet byr på ressursmessige, men også kulturelle utfordringer.

Sverige har kommet betydelig lengre i arbeidet med å gjennomføre betalingstjenestedirektivet. FI kom med en utredning med lovforslag til det svenske Finansdepartementet i juli i år.⁸⁹ Gjennomføringsforslaget går ut på at det skal vedtas to nye lover, en lov om betalingsinstitusjoner og en om betalingstjenester.⁹⁰ De direktivbestemmelser som er relevante i denne sammenheng og som gjennomgås i denne oppgaven vil bli inntatt i *lagen om betalningsinstitut*. Bl.a. vil flere av dagens registrerte foretak måtte søke om konsesjon etter de nye reglene for betalingsinstitusjoner.

6.4 Betalingstjenestedirektivet

Det er i dag store forskjeller i medlemsstatenes nasjonale lovgivning hva gjelder regulering av betalingstjenester. Betalingstjenestedirektivet tar sikte på å fjerne disse forskjellene og skape et mer effektivt og konkurransedyktig betalingsmarked. Bl.a. har det blitt rettet fokus mot den store variasjonen i kostnader ved grenseoverskridende betalinger. Viktig i denne sammenheng er at direktivet inneholder regler om hvem som kan tilby betalingstjenester. Bl.a. åpnes markedet for en ny type finansielle virksomheter, såkalte *betalingsinstitusjoner*. Disse kan yte betalingstjenester, men kan ikke ta imot innskudd eller utstede elektroniske penger. Direktivet vil kreve endringer i norsk regelverk, deriblant kapittel 4a i finansieringsvirksomhetsloven. Implementeringen av betalingstjenestedirektivet vil gjøre det enklere for dagens uformelle aktører å drive lovlig pengeoverføringsvirksomhet rettet mot innvandrerbefolkningen.

Betalingstjenestedirektivet regulerer tre hovedområder. Avsnitt 2 inneholder regler om hvem som kan tilby betalingstjenester. Avsnitt 3 regulerer innsyn i vilkår for og

⁸⁹ Se FI (2008).

⁹⁰ FI (2008) s. 2.

opplysningskravene til betalingstjenester, mens det i avsnitt 4 er fastsatt regler om rettigheter og plikter i forbindelse med ytelse og bruk av betalingstjenester. Artikkel 2 slår fast at avsnitt 3 og 4 kun får anvendelse i tilfeller hvor *både* avsenders og mottakers institusjon befinner seg i EU/EØS området, hvilket medfører at de ikke får anvendelse på virksomhet som er tema i denne avhandlingen. Kun bestemmelser i direktivets avsnitt 2 vil bli omtalt i det følgende.

Direktivet vil få betydning for UVS på to måter. For det *første* kan virksomheten få status som en *betalingsinstitusjon*. Betalingsinstitusjonene må ha konsesjon for å kunne utføre betalingstjenester, men direktivets kapitalkrav er betydelig lavere enn kravet i dagens finansieringsvirksomhetslov § 3-5. For det *andre* kan det være aktuelt å benytte seg av *unntaksbestemmelsen* i artikkel 26 som gjør det mulig å unnta mindre virksomheter fra flere av direktivets bestemmelser. Disse to tilnærmingene vil bli drøftet i det følgende.

6.4.1 Regler for betalingsinstitusjoner

Reglene om de nye betalingsinstitusjonene finner vi i direktivets avsnitt 2 kapittel 1. Kapittelet inneholder regler om søknadsprosedyren, kapitalkrav, registrering, tilsyn og øvrige virksomhetskrav. For å få konsesjon som betalingsinstitusjon må tilbydereren av betalingstjenesten oppfylle en rekke vilkår. Jeg kommer i det følgende til å behandle kun de bestemmelser som er av særlig interesse i forhold til UVS og som vil kreve de største endringene av den lovgivning vi har på området i dag.

Artikkel 5 oppstiller omfattende krav til *søknadsprosedyren*. Denne svarer langt på vei til de regler som gjelder for finansinstitusjonene i dag. Bl.a. skal det fremlegges en virksomhetsplan og beskrivelse av interne kontrollmekanismer, eiere og ledelse.

Den sentrale bestemmelsen finner vi i artikkel 6 som fastsetter regler om startkapital. For fullstendighetens skyld nevnes at kapitalbegrepet er knyttet opp mot det konsoliderte bankdirektivet, direktiv 2006/48/EF. Kravet til startkapital beror på hvilke betalingstjenester institusjonen tilbyr. I foretak som kun tilbyr pengeoverføringstjenester skal ikke kapitalen på noe tidspunkt være mindre enn 20 000 euro, jfr. artikkel 6 litra a.

Sammenlignet med dagens krav til startkapital på 50 millioner euro, er dette en endring som vil få vesentlig betydning for adgangen til å etablere lovlig betalingstjenestevirksomhet i Norge.

Konsesjonen må foreligge før virksomheten settes i gang, jfr. artikkel 10. Etter artikkel 12 kan tillatelsen tilbakekalles dersom institusjonen ikke gjør bruk av den innen tolv måneder, uttrykkelig gir avkall på den, unnlater å utøve virksomhet i en periode på over seks måneder, har fått tillatelsen ved hjelp av uriktige opplysninger, ikke lenger oppfyller konsesjonsvilkårene, vil utgjøre en trussel mot betalingssystemets stabilitet eller befinner seg i en situasjon som medfører tilbakekall etter nasjonal lovgivning. Betalingsinstitusjonen skal selv snarest mulig underrette myndighetene om eventuelle endringer som påvirker søknadsopplysningene. Foretak som får konsesjon skal *registreres* i et offentlig register over godkjente betalingsinstitusjoner som medlemsstatene plikter å opprette, jfr. artikkel 13.

Når det gjelder betalingsinstitusjonenes virksomhet, bestemmer artikkel 15 at internasjonale regnskapsstandarder og revisjonsregler får anvendelse. I tillegg til å yte betalingstjenester, kan betalingsinstitusjonene yte visse tilleggstjenester etter artikkel 16. Institusjoner som kun har tillatelse til å yte pengeoverføringstjenester kan bl.a. yte tjenester som går ut på sikring av at betalingstransaksjoner blir utført, valutatjenester, oppbevaringsvirksomhet, samt datalagring og -behandling, jfr. artikkelens første ledd. Artikkel 17 gir adgang til å benytte agenter og filialer, såfremt myndighetene varsles og gir sin godkjenning. Etter artikkel 18 skal betalingsinstitusjonen holdes fullt ut ansvarlig for alle handlinger foretatt av ansatte eller agenter, filialer eller enheter.

Virksomheter som får konsesjon som betalingsinstitusjoner skal være underlagt *tilsyn*. Artikkel 20 pålegger medlemsstatene å utpeke myndighet som har ansvar for å gi konsesjon til og utøve den løpende kontroll med betalingsinstitusjonene – henholdsvis konsesjons- og tilsynsmyndighet. Konsesjons- og tilsynsansvaret kan enten pålegges *samme* myndighet eller være *delt*.

Artikkel 21 regulerer tilsynsmyndighetens kompetanse og adgang til å ilegge sanksjoner. Tilsynet skal bl.a. være proporsjonalt, hensiktsmessig og avpasset den risiko betalingsinstitusjonen er utsatt for. I direktivets fortale nevnes det at betalingsinstitusjonenes virksomhet er spesialisert og mer begrenset, sammenlignet med for eksempel kredittinstitusjonene. Risikoområdet er snevrere, hvilket gjør overvåkning og kontroll enklere. For å sikre betalingsinstitusjonenes overholdelse av direktivets bestemmelser (i avsnitt 2), har tilsynsmyndigheten adgang til å kreve fremleggelse av opplysninger, utføre stedlig tilsyn hos betalingsinstitusjonen, utstede retningslinjer og anbefalinger, samt utsette eller tilbakekalle konsesjon, jfr. nr. 1 litra a-d. Overfor betalingsinstitusjoner som bryter lover og forskrifter om tilsyn med eller utøvelse av deres betalingstjenestevirksomhet, kan tilsynsmyndigheten pålegge sanksjoner eller treffe tiltak, særlig med det formål å bringe lovbruddene eller deres årsak til opphør, jfr. nr. 2.⁹¹ Det er den enkelte medlemsstat som har ansvaret for å sørge for at tilsynsmyndigheten har tilstrekkelige fullmakter til å utføre sine oppgaver og kan pålegge sanksjoner hvor dette er nødvendig, jfr. nr. 3.

Vedtak fattet av konsesjons- og tilsynsmyndighetene må kunne klages inn for domstolene, jfr. artikkel 23. Artikkel 22 pålegger personer som arbeider for de utpekte konsesjons- og tilsynsmyndigheter taushetsplikt, og artikkel 24 gir regler om samarbeid og utveksling av opplysninger mellom medlemsstatenes kompetente myndigheter. Etter artikkel 29 plikter medlemsstatene å forby fysiske og juridiske personer som verken er ytere av betalingstjenester eller som utrykkelig er utelukket fra direktivets anvendelsesområde, å yte betalingstjenester.

6.4.2 Unntaksadgangen i artikkel 26

Betalingstjenestedirektivet er et fullharmoniseringsdirektiv, men artikkel 26 gir medlemsstatene en adgang til å unnta enkelte betalingsinstitusjoner fra flere av saksbehandlingsreglene og vilkårene som ble behandlet i foregående punkt. Adgangen er

⁹¹ I tillegg kommer reglene om inndragelse av konsesjon og bestemmelsene i straffelovgivningen.

begrunnet med et ønske om å identifisere, lokalisere og registrere alle tilbydere av pengeoverføringstjenester, også de som ikke er i stand til å oppfylle de strenge og omfattende vilkårene som gjelder for betalingsinstitusjonene. En slik løsning er også i samsvar med FATFs spesialanbefaling 6. Tanken bak unntaksordningen er at når saksbehandlingsreglene blir enklere og det blir færre vilkår å forholde seg til, vil flere mindre betalingsformidlere velge å registrere seg. Registreringen vil sikre myndighetene innsyn og kontroll og redusere faren for hvitvasking og terrorfinansiering. Visse *minimumskrav* må dog være oppfylt. Det er opp til den enkelte medlemsstat å avgjøre hvorvidt den vil benytte seg av unntaksordningen og i hvor stor utstrekning – her gir direktivet rom for nasjonal handlefrihet.

Unntaksadgangen gjelder kun for *mindre* betalingsformidlere som driver pengeoverføringsvirksomhet under en viss grense, heretter betegnet ”unntaksforetak”.⁹² Foretaket må oppfylle to vilkår, jfr. artikkel 26 nr. 1 litra a og b. For det *første* stilles det krav til virksomhetens omfang. Institusjonens samlede betalingstransaksjoner for de foregående 12 måneder skal ikke overstige 3 millioner euro per måned. Grensen på 3 millioner kan trolig settes ned og unntaksregelen dermed snevres inn.⁹³ Kravet vurderes ut fra forventet samlet beløp for betalingstransaksjoner i forretningsplanen. For det *andre* må de personer som er ansvarlige for ledelsen eller driften av virksomheten oppfylle visse krav til vandel (egnethetsvilkår). De kan ikke ha vært dømt for hvitvasking, terrorfinansiering eller annen økonomisk kriminalitet. Virksomheter som oppfyller disse *minimumskrav* skal føres opp i registeret over godkjente betalingsinstitusjoner, se artikkel 13.

Det kan for det *første* gjøres unntak fra artikkel 5 om søknadsprosedyren. Institusjoner som oppfyller ovennevnte minimumskrav skal *registreres* i registeret over betalingsinstitusjoner, uten å måtte søke om konsesjon.

⁹² Begrep hentet fra Kredittilsynet (2008) s. 22.

⁹³ Kredittilsynet (2008) s. 22.

For det *andre* kan det gjøres unntak fra *tilsynsreglene* i artikkel 21. Artikkel 20, som pålegger statene å utpeke konsesjons- og tilsynsmyndighet, kan det derimot ikke gjøres unntak fra. Dette fordi det forutsettes en myndighet som fører unntaksforetakene inn i registeret og prøver minimumsvilkårene.

En viktig *begrensning* av unntaksadgangen følger av nr. 6: artikkel 26 gjør seg *ikke* gjeldende i forhold til bestemmelsene i tredje hvitvaskingsdirektiv eller nasjonale regler om bekjempelse av hvitvasking. Dette betyr bl.a. at unntaksforetakene plikter å overholde reglene i hvitvaskingsregleverket fullt ut (pliktene kan m.a.o. ikke begrenses ut ifra virksomhetens omfang) og at tilsynsmyndigheten ikke kan begrense tilsynet med unntaksforetakenes overholdelse av disse reglene.

Følgelig skal tilsynsmyndighetens kontroll med unntaksforetakene begrenses til tre områder:

- føre foretaket inn i *registeret* over betalingsinstitusjoner
- prøve *minimumsvilkårene* i artikkel 26 nr. 1: krav til virksomhetens omfang og krav til vandel
- føre tilsyn med foretakets overholdelse av *hvitvaskingslovgivningen*

For det *tredje* kan det gjøres unntak fra det alminnelige *kapitalkravet* i artikkel 6. Direktivet setter ingen nedre grense i dette henseende, hvilket betyr at den enkelte stat også kan velge ikke å stille krav til kapital for unntaksforetak overholdet.⁹⁴ For øvrig kan det også gjøres unntak fra direktivets bestemmelser om regnskap og revisjon. Direktivet er imidlertid ikke til hinder for at det bestemmes at unntaksforetak skal ha regnskapsplikt etter regnskapsloven.⁹⁵ I tillegg til artikkel 20, kan det heller *ikke* gjøres unntak fra reglene om

⁹⁴ Kredittilsynet (2008) s. 24.

⁹⁵ Kredittilsynet (2008) s. 24.

taushetsplikt, klageadgang og informasjonsutveksling. Dersom vilkårene etter artikkel 26 ikke lenger er oppfylt, plikter institusjonen å søke om konsesjon innen 30 dager, jfr. pkt. 5.

6.4.3 Vurdering

Allerede i dag opererer Norge med en *konsesjonsordning*. Direktivets lave kapitalkrav vil dog utvide adgangen til å etablere lovlig betalingsvirksomhet i Norge. Store aktører som Dahabshiil og Barakaat vil ha mulighet til å etablere seg som betalingsinstitusjoner. For mindre aktører vil unntaksordningen i artikkel 26 være av særlig betydning.

Det store spørsmålet er hvorvidt Norge bør benytte seg av unntaksadgangen og i hvilken utstrekning dette bør gjøres. Hensynet til bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering kan tilsi at unntaksadgangen benyttes; en forenklet prosedyre vil trolig føre til at flere aktører velger å registrere seg, hvilket sikrer myndighetene kontroll og innsyn i virksomheten.

I utredningen til Finansdepartementet analyserte FI spørsmålet om unntaksadgangen bør benyttes i Sverige på følgende måte:⁹⁶

” (...) med tanke på att dessa betaltjänstleverantörer har en begränsad omsättning och ofta inte sysselsätter mer än en person anses det inte rimligt att dessa ska uppfylla alla de krav som ställs på betalningsinstitut särskilt med tanke på kapitalkraven samt den ökade administrativa bördan detta skulle innebära vid en tillståndsplikt. Mot detta står samhällets krav på kontroll av mindre aktörer ur ett konsumentperspektiv. En effekt av om undantaget inte utnyttjas och samtliga betaltjänstleverantörer skulle behöva ansöka om tillstånd att bli betalningsinstitut är att flera mindre aktörer inte kommer att kunna fortsätta sin verksamhet. Detta skulle initialt kunna leda till minskad konkurrens på den svenska marknaden med betaltjänster. Med tanke på de utländska betalningsinstitutens gränsöverskridande verksamhet i Sverige borde konkurrensen på den svenska marknaden i ett längre tidsperspektiv öka och därmed leda till en justerad prisbild. En nackdel med att utnyttja undantaget är att konsumenterna genom registreringen hos FI kan förledas att tro att registrerade betaltjänstleverantörer står under tillsyn. Å andra sidan föreligger denna risk redan idag

⁹⁶ FI (2008) s. 58.

med den registrering som sker av finansiella institut. Vid en samlad bedömning anser vi att fördelarna med att utnyttja undantaget väger tyngre än de nackdelar som redovisats ovan.”

Å lette den administrative byrden for mindre foretak vil gjøre det mulig for dem å fortsette sin virksomhet. Dersom Norge velger ikke å benytte seg av unntaksadgangen, vil slike aktører bli tvunget til enten å avvikle sin virksomhet eller til å drive ulovlig.

Direktivets alminnelige kapitalkrav på 20 000 euro er lavt sammenlignet med dagens kapitalkrav på 5 millioner euro. Behovet for å gjøre unntak fra kapitalkravet må vurderes ut fra virksomhetens risiko. Det kan argumenteres med at risikoen ved ren pengeoverføringsvirksomhet er begrenset, hvilket synes å være forutsatt i betalingstjenestedirektivet. I en høringsuttalelse⁹⁷ til forslaget om å oppheve valutareguleringsloven kom Kredittilsynet med følgende uttalelse:

”Kredittilsynet legger her til grunn at det vil foreligge en meget begrenset økonomisk risiko for finansieringsforetak som kun driver med omsetning av valuta. I praksis vil det være den valutarisiko foretakene eksponeres for og i noen grad operasjonell risiko som her veier tyngst. (...) Selv om disse foretakene vil kunne drives forsvarlig med andre og lempeligere krav til minstekapital enn andre finansieringsforetak, vil det ikke være aktuelt å tillate slike foretak drevet uten annet enn det som følger av aksjeselskapslovgivningen.”

Den faktiske risikoen tilsier at det opereres med et visst kapitalkrav.

Hva gjelder adgangen til å gjøre unntak fra tilsynsreglene i artikkel 21, kan dette være betenkelig ut fra et risikosynspunkt (risiko for misbruk av systemet). På den annen side griper artikkel 26 ikke inn i hvitvaskingsregelverket. Men som vi senere skal se, vil tilsynet med unntaksforetakene by på en rekke utfordringer for tilsynsmyndigheten, især tilsynet med overholdelsen av hvitvaskingslovgivningen.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 81 (2002-2003) pkt. 6.6.3.

6.5 Hvitvaskingsregleverket

Det er foreslått en ny lov om tiltak mot hvitvasking av penger og finansiering av terrorisme som skal gjennomføre EØS-forpliktelser som svarer til EUs tredje hvitvaskingsdirektiv og erstatte gjeldende hvitvaskingslov. Lovforslaget⁹⁸ viderefører de sentrale elementene i gjeldende hvitvaskingslov, bl.a. plikten til å gjennomføre kundekontroll etter ”kjenn-din-kunde”-prinsippet og plikten til å melde om mistenkelige transaksjoner. På visse punkter er hvitvaskingsloven foreslått *utvidet*, og det skal i det følgende gjøres rede for endringer som vil kunne få betydning for den fremtidige reguleringen av UVS.

For det første er kravene til kundekontroll spesifisert og utvidet i det nye hvitvaskingsdirektivet. I tillegg til kundekontroll *før* etablering av kundeforhold eller utføring av transaksjon, stilles det krav til *løpende* oppfølging av etablerte kundeforhold (”ongoing monitoring”), både nyere og eldre, jfr. lovforslagets § 5. En viktig nyvinning i direktivet er kravet om at kundekontroll og løpende oppfølging skal utføres med utgangspunkt i en *risikobasert vurdering*. Plikten pålegges den rapporteringspliktige og går ut på at kontrollen skal utføres i et omfang som står i forhold til risikoen for transaksjoner med tilknytning til utbytte av straffbare handlinger eller terrorfinansiering. Momenter av betydning for risikovurderingen er bl.a. type kunde, kundeforhold, produkt og transaksjon. Tanken bak en slik risikobasert kontroll er at den vil føre til en mer effektiv bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering, men også til en bedre ressursutnyttelse hos de rapporteringspliktige – ressursene brukes der risikoen og dermed også behovet for tiltak er størst.⁹⁹ Også den risikobaserte løpende oppfølgingen vil begrense plikten overfor eldre, passive kundeforhold.¹⁰⁰

Samtidig fremgår det av forarbeidene at den risikobaserte tilnærmingen også vil medføre at rapporteringspliktige pålegges et betydelig ansvar.¹⁰¹ Graden av profesjonalitet blant

⁹⁸ Jfr. Ot.prp.nr.3 (2008-2009).

⁹⁹ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 4.2.5.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 4.10.5.

¹⁰¹ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 4.2.5.

dagens uformelle aktører varierer betydelig. Her vil det være viktig at myndighetene utformer klare retningslinjer om det nærmere innhold av risikovurderingen. Dette vil være både vanskelig og utfordrende. Den risikobaserte tilnærmingen vil også by på store utfordringer for tilsynsmyndigheten.

En annen nyvinning som også kan få betydning for en fremtidig regulering av UVS, gjelder skyldkravet i lovens straffebestemmelse, jfr. lovutkastets § 28. Som tidligere påpekt er skyldkravet i gjeldende hvitvaskingslov forsett, jfr. hvitvaskingsloven § 16. Bestemmelsen er foreslått endret til også å omfatte *grov uaktsomhet*. Grov uaktsomhet er karakterisert ved kvalifisert klandreverdige opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet.¹⁰² En slik endring er i forarbeidene begrunnet med at "(...) hvitvaskingslovens virkeområde tilsier at grov uaktsomhet skal være straffbart." Grovt uaktsomme overtredelser av lovens bestemmelser vil "(...) bli ansett som klandreverdige, samfunnsskadelige og være straffverdige". Alt i alt vil en slik løsning "(...) føre til en mer effektiv håndhevelse av hvitvaskingslovgivningen". I pkt. 5.2.2 ble det vist til vanskelighetene med å bevise forsettlig brudd på hvitvaskingsregler, især brudd på undersøkelsesplikten. Å sette skyldkravet til grov uaktsomhet kan bidra til å redusere noe av bevisvilen.¹⁰³

I motsetning til gjeldende hvitvaskingslov, som setter straff for overtredelse av alle lovens bestemmelser, er kun brudd på de mest sentrale pliktene i lovutkastet gjort straffbare. Dette gjelder reglene om kundekontroll, registrering av opplysninger, undersøkelsesplikt, rapporteringsplikt og oppbevaring av opplysninger og dokumenter. I følge forarbeidene¹⁰⁴ representerer disse bestemmelsene "(...) de mest sentrale forpliktelsene for rapporteringspliktige og utløser en handleplikt. Det er derfor naturlig å anta at disse bestemmelsene representerer de tilfellene der det vil være praktisk å kunne reagere med straff".

¹⁰² Andenæs (2004) s. 244.

¹⁰³ Ot.prp.nr.3 (2208-2009) pkt. 8.2.5.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.3 (2208-2009) pkt. 8.2.5.

6.6 Rettslige og praktiske utfordringer

6.6.1 Innledning

En fremtidig regulering av UVS må være innenfor de rammer som trekkes opp av betalingstjenestedirektivet og hvitvaskingsdirektivet. Betalingstjenestedirektivet vil senke terskelen for etablering av pengeoverføringsvirksomhet i Norge betydelig, og hvitvaskingslovgivningen vil sikre at foretak med myndighetenes tillatelse til å drive slik virksomhet ikke misbrukes i forbindelse med hvitvasking og terrorfinansiering. På den annen side vil reguleringen av UVS by på en rekke vanskelige utfordringer av både rettslig og praktisk karakter. I det følgende skal vi se nærmere på utfordringene for tre sentrale aktører: virksomheten selv, tilsynsmyndigheten og politiet.

6.6.2 Etablering og drift

Betalingstjenestedirektivets lave kapitalkrav vil føre til at mange av dagens uformelle aktører får mulighet til å etablere seg lovlig i form av en *betalingsinstitusjon*. På den annen side stiller direktivet omfattende konsesjonskrav som kan være vanskelige å innfri. Viktig er det også å merke seg at aktørene ikke bare driver betalingsformidling uten konsesjon, hvilket kan forklares med manglende *evne* til å oppfylle kapitalkravet. Et gjennomgående trekk har vært at de heller ikke har vist *vilje* til å følge andre regler, bl.a. regnskaps- og hvitvaskingsregler.¹⁰⁵ Vil et lavere kapitalkrav løse problemet med ulovlig pengeoverføringsvirksomhet?

For mindre virksomheter vil unntaksadgangen i direktivets artikkel 26 være av vesentlig betydning hva gjelder muligheten til lovlig etablering og drift – forutsatt at Norge velger å benytte seg av denne.

¹⁰⁵ Riktignok kan også det argumenteres med at de øvrige overtredelsene nettopp skyldes virksomhetens *ulovlige* karakter og at argumentet i liten grad er egnet til å illustrere mulighetene til å bringe UVS inn i lovlige former i fremtiden.

Hvitvaskingsdirektivet derimot, har ingen unntakshjemmel og vil således på langt flere utfordringer for virksomhetene. Pliktene i henhold til loven er de samme for alle rapporteringspliktige, uavhengig av virksomhetens omfang. Disse er omfattende og kan være vanskelige å overholde. Kredittilsynet skriver i sin rapport¹⁰⁶:

”På den annen side krever overholdelse av hvitvaskingsregelverket store ressurser fra virksomheten, og stiller krav til ledelsen som det erfaringsmessig vil være vanskelig å tilfredsstille i små foretak.”

Ikke minst vil reglene om risikobasert kundekontroll innebære at rapporteringspliktige pålegges flere og mer omfattende plikter enn hva som følger av gjeldende hvitvaskingslovgivning. De foreslåtte kravene vil medføre omfattende økonomiske og administrative konsekvenser for virksomheten.¹⁰⁷

Etter å ha vært i kontakt med en agent fra hawalakontoret Dahabshiil i Oslo, fikk jeg opplyst at deres agenter foretar kundekontroll i samsvar med ”kjenn-din-kunde”-prinsippet. Hva disse undersøkelsene nærmere går ut på, ble ikke presisert. Kredittilsynet antar at slike tilfeller hører til unntakene og at tiltakene uansett ikke oppfyller hvitvaskingslovgivningens strenge krav.¹⁰⁸ Især vil dette gjelde mindre profesjonelle aktører som ikke er en del av store internasjonale nettverk.

Et annet forhold som kan vanskeliggjøre overholdelsen av hvitvaskingsreglene er *tillitsmomentet* i hawalasystemet. Når tillit spiller en så fremtredende rolle, både i relasjonen mellom kunde og agent og agentene imellom, og systemet ellers er etnisk lukket, kan det tenkes at det vil være vanskelig å pålegge den rapporteringspliktige virksomheten plikter som innebærer legitimasjonskontroll av kunder, undersøkelse av mistenkelige transaksjoner og rapporteringsplikt. En slik ”mistenkeliggjøring” av kunden kan innebære brudd på tillitsforholdet. I Barakaat tingrettsdom¹⁰⁹ ble det uttalt:

¹⁰⁶ Kredittilsynet (2008) s. 34.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 9.2.

¹⁰⁸ Kredittilsynet (2008) s. 30.

¹⁰⁹ Oslo tingretts dom av 22. mai 2003.

”Tiltalte (...) tilføyde at han ikke pleide å spørre hvor pengene kom fra hvis det var en person som tiltalte betraktet som en person med et ”godt rykte”, men at han gjorde dette hvis det dreide seg om en person som han ikke kjente som skulle overføre et større beløp.”

Dette er et trekk som går igjen i flere av avgjørelsene.

Det kan i denne forbindelse også reises spørsmål om mulighetene til å begrense aktiviteten til rene pengeoverføringer. Det er kjent at hawalavirksomhet ofte inngår i annen virksomhet. I Barakaat tingretts dom la retten til grunn at Barakaat internasjonalt drev med mer omfattende virksomhet en overføring av penger. Det ble også funnet spor av slik virksomhet i kontoret i Oslo. Denne gikk bl.a. ut på salg av telefonkort og bistand med investeringer. Å skaffe oversikt over slike sider ved virksomheten kan by på utfordringer.

6.6.3 Tilsyn

Ved å bringe dagens uformelle aktører inn i lovlige former, sikrer man at systemene underlegges offentlig kontroll og tilsyn. Men et effektivt tilsyn er betinget av en rekke forhold, herunder tilgang til tilstrekkelige ressurser til å kunne utføre tilsynsoppgavene.

Kredittilsynet fører i dag tilsyn med en rekke institusjoner i henhold til kredittilsynsloven, jfr. § 2. Tilsynet skal se til at institusjonene ”(...) virker på hensiktsmessig og betryggende måte i samsvar med lov og bestemmelser gitt i medhold av lov (...)”, jfr. § 3 første ledd. Tilsynet omfatter også etterlevelse av *hvitvaskingslovgivningen*, da flere av institusjonene som er rapporteringspliktige etter hvitvaskingsloven er underlagt Kredittilsynets tilsyn. Det vises i denne sammenheng til hvitvaskingsloven § 4 og kredittilsynsloven § 1. Etter kredittilsynsloven § 3 annet ledd skal Kredittilsynet granske regnskaper og oppgaver fra tilsynsobjektene og ”(...) ellers gjøre de undersøkelser som tilsynet finner nødvendig”. Foretak som mangler tillatelse og således driver *ulovlig* er, som tidligere påpekt, *ikke* underlagt Kredittilsynets tilsyn selv om de etter hvitvaskingsloven er pålagt rapporteringsplikt.

Dersom Norge velger å benytte seg av unntaksadgangen i betalingstjenestedirektivet, vil betalingsinstitusjonene og unntaksforetakene være underlagt nokså ulike tilsynsordninger. Konesjonsvilkårene for betalingsinstitusjoner har store likhetstrekk med de konsesjonskrav som gjeldende finansieringsvirksomhetslov oppstiller for finansieringsforetak. Finansieringsforetakene er underlagt Kredittilsynets tilsyn, jfr. kredittilsynsloven § 1 nr. 6. Således vil det være mest nærliggende å underlegge betalingsinstitusjonene tilsyn etter kredittilsynsloven.

Tilsynet med unntaksforetakene byr imidlertid på langt større problemer. Trolig vil også disse bli underlagt Kredittilsynets tilsyn.¹¹⁰ For slike foretak kan det gjøres unntak fra direktivets bestemmelser om tilsyn i artikkel 21. Dette gir mulighet til å *begrense tilsynet* til føring av register, kontroll avandel, samt løpende kontroll av virksomhetens størrelse ut fra regnskapene. I utgangspunktet vil en begrenset virksomhet være oversiktlig og gjøre tilsynsarbeidet enklere.¹¹¹

Tilsynet etter hvitvaskingslovgivningen vil derimot ikke kunne begrenses. Særlig vil de nye kravene til risikobasert kundekontroll medføre noe økt behov for ressursinnsats til tilsyn med kravene etter hvitvaskingsloven, dette er også fremhevet i forarbeidene til den nye hvitvaskingsloven.¹¹² Tredje hvitvaskingsdirektiv fastslår i artikkel 37 at medlemsstatene skal påse at kompetente myndigheter har *effektivt tilsyn* og treffer *nødvendige tiltak* for å sikre at direktivets krav oppfylles av alle de institusjoner og personer som er omfattet av direktivet. I tillegg må vedkommende myndighet *ha tilstrekkelige fullmakter og tilstrekkelige ressurser* til å utføre sine oppgaver. Tilsvarende krav følger av FATFs

¹¹⁰ Se FI (2008) pkt. 6.4.3 som bl.a. bestemmer at unntaksforetakene ”kommer att behöva inkomma med en ansökan till FI om att bli undantagna från tilståndsplikt. Om ansökan godtas kommer betatjänstleverandören att föras inn i ett offentlig register som FI ansvarar för”. FI skal m.a.o. være tilsynsmyndighet. Se pkt. 6.4.2 ovenfor.

¹¹¹ På den annen side kan det anføres at en virksomhet som er *begrenset* til rene pengeoverføringer ikke har den samme oversikten over kundeprofilen og transaksjonsrekken som for eksempel en vanlig bank har. Dette er egnet til å øke risikoen for misbruk og dermed også behovet for et mer effektivt tilsyn.

¹¹² Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 9.2.

anbefaling 29 og 30. I forarbeidene fremheves særlig "(...) betydningen av å innføre gode ordninger for å sikre at alle rapporteringspliktige gjennomfører hvitvaskingslovgivningen".¹¹³ Til tross for at tilsynet kan begrenses etter betalingstjenestedirektivet, vil tilsynsmyndigheten ha omfattende tilsynsoppgaver for å sikre unntaksforetakenes overholdelse av hvitvaskingslovgivningen.

Et effektivt tilsyn kan oppnås ved å gjøre tilsynsobjektene til gjenstand for mer omfattende kontrolltiltak. En slik løsning er dog svært ressurskrevende.

Utgiftene ved Kredittilsynets tilsynsarbeid utlignes i dag på tilsynsobjektene som er under tilsyn i budsjettåret, jfr. kredittilsynsloven § 9. Disse betaler en årlig tilsynsavgift. Utgiftene fordeles på de ulike grupper av institusjoner etter omfanget av tilsynsarbeidet. Det beløp som årlig skal utlignes, fastsettes hvert år i statsbudsjettet. I Sverige har vi sett at den årlige tilsynsavgiften for *finansiella institut* er SEK 5 000 og 11 500 for henholdsvis fysiske og juridiske personer. Avgiftsnivået vil imidlertid bli noe høyere som følge av at FI i år fikk en adgang til å gjennomføre stedlige tilsyn.¹¹⁴

Mer omfattende kontrolltiltak vil føre til flere tilsynsoppgaver for tilsynsmyndigheten, hvilket igjen øker behovet kapasitet og ressurser. (Riktignok er det viktig å påpeke at omfanget av tilsynsarbeidet i stor grad vil bero på hvor mange virksomheter som velger å etablere seg lovlig.) Særlig gjelder dette tilsynet med etterlevelsen av hvitvaskingslovgivningen. Å pålegge mindre betalingstjenesteytere alle utgiftene ved tilsynsarbeidet vil kunne virke mot sin hensikt og motvirke at det etableres lovlig pengeoverføringsvirksomhet.¹¹⁵ Et omfattende tilsyn betyr høy tilsynsavgift, hvilket igjen betyr økte driftsutgifter for virksomheten. Når driftsutgiftene øker, vil også prisen på tjenesten virksomheten tilbyr gjøre det samme. Følgelig vil det være vanskelig å konkurrere med aktører som fortsatt opererer ulovlig og dermed har mulighet til å tilby de samme

¹¹³ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 8.1.3.

¹¹⁴ http://www.fi.se/Templates/Page_____10550.aspx

¹¹⁵ Kredittilsynet (2008) s. 32.

tjenestene til betydelig lavere pris.¹¹⁶ Tilbydere av pengeoverføringstjenester vil på denne måten bli tvunget tilbake til det uformelle markedet.

Et *alternativ* til å pålegge tilsynsobjektene å dekke alle tilsynsutgiftene i form av en høy tilsynsavgift, vil være å bevilge penger over statsbudsjettet direkte til dekning av tilsynsutgiftene.¹¹⁷ Dette er også påpekt i forarbeidene til den nye hvitvaskingsloven:¹¹⁸

”De nye kravene vil medføre noe økt behov for ressursinnsats til tilsyn med kravene etter hvitvaskingsloven i Kredittilsynet (...). Det er en viss mulighet for at et slikt merbehov vil kreve tilleggsbevilgninger, som i så fall må fremmes i den ordinære budsjettprosessen.”

Særlige bevilgninger til en gruppe tilsynsobjekter vil riktignok ikke bare medføre økte utgifter for staten, men kan også lede til uheldig konkurransevridding på markedet for pengeoverføringstjenester. På den annen side vil et slikt tiltak være et effektivt virkemiddel for å stimulere til registrering av mindre aktører. En mulig løsning vil være bidrag i form av en nedtrappingsmodell, da behovet for stimulans vil være størst i den første fasen.

I tillegg til ovennevnte forhold, vil tilsynet med de nye tilsynsobjektene by på en rekke *praktiske* utfordringer. Dette skyldes at hawalavirksomheter er vesentlig forskjellige fra de institusjoner som Kredittilsynet holder tilsyn med i dag. For det første varierer graden av *profesjonalitet* betydelig.¹¹⁹ Svenske myndigheter opplyser om et generelt lavt kunnskapsnivå i virksomheter som driver pengeoverføringsvirksomhet hva gjelder regelverket på området.¹²⁰ Lovgivningen stiller omfattende krav til virksomhetene, især gjelder dette hvitvaskingslovgivningen med bl.a. krav til kundekontroll, oppbevaring av personopplysninger, undersøkelse og rapportering av mistenkelige transaksjoner og

¹¹⁶ Kredittilsynet (2008) s. 36.

¹¹⁷ Kredittilsynet (2008) s. 33.

¹¹⁸ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) pkt. 9.2.

¹¹⁹ Dahabshiil og Barakaat utgjør de antatt største og mest profesjonelle uformelle betalingsformidlingssystemer i Norge.

¹²⁰ Kredittilsynet (2008) s. 13.

etablering av interne rutiner kontroll. Dette utløser et behov for opplæring av ansatte i foretakene. Behovet vil være størst blant mindre aktører. Slik opplæring faller utenfor Kredittilsynets alminnelige oppgaver, og tilsynet opplyser at det heller ikke har ressurser til å påta seg denne typen oppdrag.¹²¹ I dag påligger det tilsynsobjektene selv å sørge for nødvendig opplæring. Også dette er tiltak som er svært ressurskrevende. Mindre profesjonelle institusjoner som mangler forutsetninger for å sørge for nødvendige tiltak kan tilbys kursing. I Sverige har FI tilbudt registrerte pengeoverføringsvirksomheter å delta på kurs i Stockholm, Malmö og Göteborg. Kursene i Malmö og Göteborg ble imidlertid avlyst grunnet manglende interesse.¹²²

Også språkmessige utfordringer kan tenkes å vanskeliggjøre tilsynsarbeidet. Erfaringer fra Sverige viser imidlertid at dette ikke har vært noe stort problem. Når FI gjennomførte kontroll hos foretakene, foregikk kommunikasjonen på svensk eller engelsk, og i flere tilfeller fungerte familiemedlemmer som tolk.¹²³ Det er særlig viktig at instruksjoner om tiltak mot hvitvasking er tilgjengelige på et språk operatøren forstår. Etablering og drift av virksomheten vil nødvendiggjøre kontakt med myndighetene som kan utløse et behov for tolke- og oversettingstjenester. Dokumenter som tilsynet innhenter vil for eksempel måtte oversettes fra somalisk til norsk, og stedlig tilsyn kan utløse tolkebehov. Dette er tjenester som kan være ressurskrevende i det lange løp.

Kredittilsynet anvender en rekke virkemidler i tilsynsarbeidet sitt. Et viktig skille går mellom *dokumentbasert* tilsyn og *stedlig* tilsyn ("on site inspections"). Det fremgår av kredittilsynsloven § 3 annet ledd at tilsynet kan "(...) gjøre de undersøkelser (...) som tilsynet finner nødvendig". Det er ingen formelle begrensninger med hensyn til hvilke undersøkelser som kan iverksettes. Det er heller ikke krav om forhåndsvarsling, men dette er likevel vanlig.¹²⁴ Stedlig tilsyn er i bruk verden over som en viktig del av

¹²¹ Kredittilsynet (2008) s. 32.

¹²² Kredittilsynet (2008) s. 32.

¹²³ Kredittilsynet (2008) s. 12.

¹²⁴ Norsk Lovkommentar, kredittilsynsloven § 3, note 43.

tilsynsvirksomheten. Det utgjør et effektivt virkemiddel for å sikre overholdelse av regelverket, da det gir en innsikt i virksomheten som ikke kan oppnås ved et rent dokumentbasert tilsyn. Trolig vil denne tilsynsformen spille en sentral rolle i tilsynet med de nye aktørene, se også betalingstjenestedirektivet artikkel 21 nr. 1 litra a. På den annen side er stedlig tilsyn et ressurskrevende virkemiddel. Det kreves ressurser både i forkant av og under tilsynet. Samtidig må tilsynsobjektet følges opp etter utført stedlig tilsyn. I Sverige har FI, som tidligere nevnt, nylig fått lovhjemmel til å gjennomføre stedlig tilsyn hos *finansiella institut*, herunder foretak som driver pengeoverføringsvirksomhet. Seks kontroller har blitt gjennomført siden april i år. FI hadde planer om å publisere en rapport på bakgrunn av den innsamlede informasjonen i oktober i år, men publiseringen har blitt utsatt, da også eventuelle sanksjoner ønskes vurdert.

Mulighetene for et effektivt tilsyn vil bero på to forhold: hvor mange aktører som velger å søke om konsesjon (eller eventuelt registrering) og hvor mange ressurser som settes inn. Likevel er det utvilsomt at tilsynsmyndigheten vil stå overfor betydelige utfordringer, særlig i relasjon til unntaksforetakene. Kredittilsynet konkluderer bl.a. på følgende måte:¹²⁵

”Etter Kredittilsynets mening vil det bare være hensiktsmessig å opprette en ny særlig tilsynsgruppe for enklere pengeoverføringer dersom følgende forutsetninger blir oppfylt (...) Tilsynsgruppen må selv, eventuelt understøttet av direkte tilskudd over budsjettet, betale alle kostnader forbundet med den relative betydelige tilsynsinnsats som må påregnes for å kontrollere at hvitvaskings- og annet relevant regleverk blir fulgt. Den aktuelle tilsynsvirksomhet må ikke gå ut over andre prioriterte tilsynsoppgaver eller finansielt belaste andre grupper under tilsyn.”

Den nye gruppen tilsynsobjekter vil utvide Kredittilsynets ansvarsområde betydelig. Det ville være lite hensiktsmessig å benytte tilsynsressurser til å avdekke og bringe til opphør virksomheter som velger å drive *ulovlig*. Spørsmålet om hvem som skal ha ansvaret for ulovlige aktører leder oss over til neste punkt.

¹²⁵ Kredittilsynet (2008) s. 38.

6.6.4 Kriminalisering og strafforfølgning

Mye av den uformelle pengeoverføringsvirksomheten i Norge foregår i det åpne, og norske banker rapporterer jevnlig til Økokrim om transaksjoner som mistenkes for å være tilknyttet slik virksomhet.¹²⁶ *Oppdagelsesrisikoen* kan følgelig sies å være stor.

Straffesakene som ble behandlet ovenfor sender samtidig ut signaler om at det er forbundet med strafferisiko å overtre reglene som gjelder på området og er ment å ha en allmennpreventiv effekt. I følge Kredittilsynets rapport opplever ikke dagens uformelle aktører særlig fare for strafforfølgning eller reaksjoner fra myndighetene.¹²⁷ Økokrim opplyser om flere tilfeller med aktører som har fortsatt med den ulovlige virksomheten, selv etter domfellelse og soning.¹²⁸ *Strafferisikoen* er lav. Sakene blir lite prioritert av politiet, muligens som følge av moralske hindringer.¹²⁹ Det kan oppleves som moralsk betenkelig å hindre pengeoverføringer som sikrer livsopphold for mange mennesker.

Det er viktig å kombinere oppmykning av gjeldende regler med en mer effektiv strafforfølgning av virksomheter som velger å drive ulovlig. Det må tas hensyn til seriøse, lovlige aktører, og det må stimuleres til lovlig etablering.

En mulig løsning er å utvide gruppen av ansvarssubjekter ved å kriminalisere *bruk* av ulovlige pengeoverføringsvirksomheter. Spørsmålet har blitt reist i Sverige.¹³⁰ Ulovlige aktører vil ha mulighet til å holde kostnadsnivået på et betydelig lavere nivå enn lovlige aktører og vil således ha mulighet til å tilby rimeligere tjenester. Pris er som tidligere nevnt

¹²⁶ I 2007 mottok EFE ca. 7 000 MT-rapporter i henhold til hvitvaskingsloven. (Kilde: EFE (2007)). For årene 2005 og 2006 gjaldt i alt 80 av rapportene transaksjoner hvor det forelå mistanke om finansieringsvirksomhet uten konsesjon. 20 banker hadde rapportert og alle rapportene gjaldt ulike aktører. (Kilde: Økokrim (2007) s. 3) EFE opplyser om at de stadig utfordres på at det produseres for få straffesaker i forhold til mottatte MT-rapporter. Hvorledes politiet behandler informasjon fra EFE, er imidlertid en prosess som EFE i lite grad kan påvirke. (Kilde: <http://www.hvitvasking.no/Stottemeny/Om-EFE/>)

¹²⁷ Kredittilsynet (2008) s. 30.

¹²⁸ Økokrim (2007) s. 13.

¹²⁹ Kredittilsynet (2008) s. 37.

¹³⁰ Kredittilsynet (2008) s. 13.

et av kriteriene som er av betydning for en kunde ved valg av betalingstjeneste. Ved å pålegge kundene straff, vil dette trolig bidra til å redusere etterspørselen og dermed også det uformelle markedet for pengeoverføringer. Her kan det muligens trekkes paralleller til spørsmålet om å kriminalisere kjøp av seksuelle tjenester.¹³¹ Kriminaliseringen må imidlertid ikke gå på bekostning av borgernes rettssikkerhet og hensynet til forutberegnelighet må kunne ivaretas i tilstrekkelig grad. Likeledes bør skyldkravet settes til forsett.

Et alternativ til å kriminalisere bruken av ulovlige pengeoverføringstjenester kan være å pålegge kundene et *medvirkningsansvar* (jfr. medvirkningstillegget i finansieringsvirksomhetsloven § 5-1).¹³² Denne løsningen går jeg imidlertid ikke nærmere inn på, da betalingstjenestedirektivet vil medføre store endringer i gjeldende finansieringsvirksomhetslov. Se for øvrig drøftelsen i pkt. 5.2.6.

Det er grunn til å stille spørsmål ved strafforfølgningens effekt, da det er høyst usikkert om den har bidratt til å redusere omfanget av ulovlig pengeoverføringsvirksomhet. Meget tyder på at straffen i sakene som ble behandlet ovenfor ikke har hatt ønsket virkning, verken individual- eller allmennpreventiv. Dette kan skyldes flere forhold. For det første vil økende innvandring (først og fremst fra Somalia og Irak) bidra til økt etterspørsel etter pengeoverføringstjenester. For det andre har vi å gjøre med systemer som i høy grad er etnisk begrenset og dypt forankret i kulturelle tradisjoner. Dette er forhold som er egnet til å begrense deres påvirkelighet og svekke straffesakenes effekt.¹³³ Straffens begrensede preventive virkning kan muligens også forklares med gevinsten ved å drive ulovlig pengeoverføringsvirksomhet.

¹³¹ Se i denne forbindelse Ot.prp.nr.48 (2007-2008). Riktignok gjør andre hensyn seg gjeldende her. *Tilbyderen* av den seksuelle tjenesten straffes ikke i motsetning til tilbyderer av den ulovlige pengeoverføringstjenesten.

¹³² Se for øvrig drøftelsen i pkt. 5.2.6.

¹³³ Høgtveit (2007).

Det vil i slike tilfeller være viktig å kombinere straff med *inndragning* av inntekter som måtte forekomme i forbindelse med den ulovlige virksomheten. Det antas at inndragning har en sterk individualpreventiv funksjon. Mange lovbrøttere kan synes at forbrytelser lønner seg selv når de blir oppdaget og straffet, dersom det lykkes dem å beholde en stor fortjeneste. I tillegg blir domfeltes evne til å finansiere nye lovbrudd redusert. Således kan inndragning bidra til å uskadeliggjøre vedkommende i forhold til å fortsette den kriminelle virksomheten.¹³⁴

Erfaringer fra Sverige viser at mange aktører velger å registrere seg og drive på lovlig vis. Dog eksisterer det også i Sverige et ikke ubetydelig uformelt marked for pengeoverføringer. Lempeligere krav fjerner ikke ulovlig virksomhet. Utgangspunktet er således klart: oppmykning av dagens strenge regler må kombineres med en mer effektiv strafforfølgning av ulovlige aktører. Mer effektiv strafforfølgning betyr at politiet i større grad må prioritere slike saker. Strafferisikoen må bli større. Trolig vil det også være behov for en skjerpet oppdagelsesrisiko. Mye av hawalavirksomheten i dag drives åpent. Regelverksendringene som vil gjøre det enklere å etablere lovlig pengeoverføringsvirksomhet i Norge vil føre til at aktører som velger å drive ulovlig¹³⁵ blir mindre synlige og bedre organisert. Typisk vil dette være mindre aktører, da større foretak vil ha bedre forutsetninger for å søke om tillatelse til å drive virksomhet. Mindre, ulovlige virksomheter vil være særlig utsatt for misbruk. Å avdekke slike aktører vil være både utfordrende og svært ressurskrevende.

En mer effektiv strafforfølgning vil kreve omprioriteringer i politiets arbeid og vil samtidig være betinget av at det bevilges ekstra ressurser.

¹³⁴ NOU 1996:21 pkt. 2.3.

¹³⁵ Aktører som velger å drive ulovlig vil typisk være av to typer. For det første de som i dag tjener godt på virksomheten (profittmotiverte). Slike vil oppleve det som altfor byrdefullt å etablere seg lovlig, da store penger vil gå til administrasjon. For det andre vil det være kriminelle operatører som ønsker å operere utenfor myndighetenes kontroll.

Strafforfølgning av ulovlige aktører vil selvsagt være av avgjørende betydning for å eliminere behovet for ulovlige pengeoverføringsvirksomheter som eksisterer i dag. Norsk politi driver imidlertid i høy grad også *forebyggende arbeid*, i tillegg til etterforskning.¹³⁶ Forebygging kan være et effektivt virkemiddel for å hindre denne formen for ulovlig virksomhet, for eksempel i form av opplysningsarbeid. Det fremgår både av rettspraksis og erfaringer innhentet fra Sverige, at aktørene ofte mangler kunnskap om regelverket. Riktignok er også dette en ressurskrevende arbeidsform. Men sett i forhold til strafforfølgning, som involverer bl.a. påtalemyndigheten og domstolene og tidkrevende beslutningsprosesser, vil politiets forebyggende arbeid kunne føre til ressursbesparelser i det lange løp.

7 Avslutning

Det er grunn til å stille seg kritisk til dagens håndtering av UVS i Norge. Den strenge reguleringen er motivert av et ønske om å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering, men gir virksomhetene en lite realistisk mulighet til å etablere seg og drive på lovlig vis. Konsekvensen blir at de driver uten konsesjon og opererer utenfor myndighetenes kontroll og tilsyn. Dette gjør dem svært lite gjennomsiktede og øker muligheten for hvitvasking og terrorfinansiering. Flere av systemene har blitt gjort til gjenstand for straffesaker, men det er usikkert om strafforfølgingen har hatt noen preventiv effekt.

Betalingstjenstedirektivet vil føre til store endringer i norsk lovgivning på dette området. Det vil bli betydelig enklere å etablere lovlig pengeoverføringsvirksomhet i Norge. Dette skyldes bl.a. direktivets lave kapitalkrav og unntaksadgangen i artikkel 26. Hvorledes direktivet kommer til å bli gjennomført i norsk rett er per i dag fortsatt uklart. Det samme gjelder den nærmere reguleringen av hawala og andre UVS. Utformingen av en ny ordning for slike pengeoverføringssystemer nødvendiggjør at det tas stilling til en rekke hensyn og

¹³⁶ Se politiloven § 2.

byr på så vel rettslige som faktiske utfordringer. Lempeligere vilkår som stimulerer til lovlig virksomhet må kombineres med et effektivt tilsyn, som på sin side er svært ressurskrevende. Særlig viktig er det å sikre overholdelse av hvitvaskingsregelverket. Overregulering i form av komplisert prosedyre for etablering, omfattende kontrolltiltak og høye kostnader må unngås, da dette kan tvinge aktørene ”under jorden”. Det må gjøres minst mulig attraktivt å drive virksomhet utenfor loven. Dette kan bl.a. oppnås ved en mer effektiv strafforfølgning.

En mer liberal regulering av pengeoverføringssystemer vil øke muligheten til å *drive* lovlig virksomhet. *Kundene* vil få et lovlig alternativ og *myndighetene* vil på sin side kunne føre tilsyn og kontroll – et viktig redskap i bekjempelsen av hvitvasking og terrorfinansiering. Dette forutsetter riktignok at aktørene velger å etablere seg lovlig. Dagens uformelle aktører har ulike motiver for aktiviteten, hvilket også fremgår av rettspraksis. Store aktører vil trolig søke om tillatelse når kapitalkravet senkes, da de vil ha større muligheter til å etterleve regelverket. Hvorvidt mindre aktører velger å gjøre det samme, vil etter min mening i stor grad bero på om Norge velger å benytte seg av unntaksadgangen i betalingstjenestedirektivet. Erfaringer fra andre land viser at en mer liberal regulering av slike systemer ikke fjerner utfordringene med ulovlig virksomhet, men mange aktører velger å drive lovlig.

En vellykket regulering vil være en som makter å balansere de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i denne sammenheng. Utfordringene er mange, og en effektiv håndhevelse av reglene forutsetter et samspill mellom flere aktører. Hvorledes utfordringene skal møtes er fortsatt usikkert, men rammene som følge av våre internasjonale forpliktelser er klare, og en endring av rettstilstanden kan muligens ventes i 2009.

Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. Oslo, 2004.

Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006.

Qorchi, Muhammed, Samuel Munzele Maibo og John F Wilson *Informal Funds Transfer Systems: an analysis of the informal Hawala system*. 1. utg. Washington DC, 2003.

Matningsdal, Magnus og Anders Bratholm *Straffeloven – kommentarutgave. Første Del. Almindelige Bestemmelser*. 2. utg. Oslo, 2003.

Ruud Morten og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett*. 2. utg. Oslo, 2002.

Lover:

- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1950 Lov om valutaregulering (valutareguleringsloven) av 14. juli 1950 nr. 10
- 1956 Lov om tilsynet for kredittinstitusjoner, forsikringsselskaper og verdipapirhandel m.v. (kredittilsynsloven) av 7. desember 1956
- 1969 Lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) av 19. juni 1969
- 1980 Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24
- 1988 Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) av 10. juni 1988 nr. 40
- 1995 Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995
- 1998 Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998
- 2003 Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven) av 20. juni 2003 nr. 41

Lov om endringer i sentralbankloven og finansieringsvirksomhetsloven og om opphevelse av valutareguleringsloven og penge- og kredittreguleringsloven
2005 Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven) av 17. juni 2005 nr. 67

Lag (1996:1006) om anmælningsplikt avseende en viss finansiell verksamhet

EU-direktiver:

91/308/EØF	Rådsdirektiv av 10. juni 1991 om tiltak for å hindre at det finansielle system brukes til hvitvasking av penger (Første hvitvaskingsdirektiv)
2001/97/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 4. desember 2001 om endring av rådsdirektiv 91/308/EØF om tiltak for å hindre at det finansielle system brukes til hvitvasking av penger (Annet hvitvaskingsdirektiv)
2005/60/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 26. oktober 2005 om tiltak for å hindre at det finansielle systemet blir benyttet til hvitvasking av penger og finansiering av terrorisme (Tredje hvitvaskingsdirektiv)
2007/64/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 13. november 2007 om betalingstjenester i det indre marked og om endring av direktiv 97/7/EF, 2002/65/EF, 2005/60/EF og 2006/48/EF og om opphevelse av direktiv 97/5/EF (Betalingstjenestedirektivet)

Konvensjoner:

Terrorfinansieringskonvensjonen	FN-konvensjonen av 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme
Korrupsjonskonvensjonen	FN-konvensjonen av 31. oktober 2003 mot korrupsjon

Forskrifter:

FOR-1990-06-27-595	Forskrift om valutaregulering (valutareguleringsforskriften)
FOR-2003-12-10-1487	Forskrift om tiltak av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsforskriften)
FOR-1998-03-17-1566	Delegering av myndighet til Kredittilsynet etter lov om Verdipapirsentral, lov om eiendomsmegling, lov om sparebanker, lov om forretningsbanker, lov om forsikringsvirksomhet, lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner og lov om naturskadeforsikring

Rundskriv:

Kredittilsynets Rundskriv 9/2004	Veiledning til lov og forskrift med tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv.
----------------------------------	--

Dommer:

Publiserte dommer:

LR-2003-12002 (Borgarting)

LR-2003-11589 (Borgarting)

LR-2007-21214 (Borgarting)

HR-2005-879-A (Rt. 2005 s. 716)

HR-2005-880-A (Rt. 2005 s. 723)

Upubliserte dommer:

Oslo tingretts dom av 22. mai 2003

Oslo tingretts dom av 10. juli 2003

Vinger og Odal tingretts dom av 28. april 2005

Bergen tingretts dom av 8. mars 2006

Oslo tingretts dom av 24. november 2006

Nedre Romerrike tingretts dom av 28. juni 2007

Forarbeider:

NOU 1996:10	Mer effektiv inndragning vinning
NOU 2007:10	Om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering
NOU 2008:14	Samstemt for utvikling? Hvordan en helhetlig norsk politikk kan bidra til utvikling i fattige land
Ot.prp.nr.65 (1997-1998)	Om lov om endring av kredittilsynsloven samt endringer i visse andre lover på Finansdepartementets område (stans av ulovlig virksomhet mv.)
Ot.prp.nr.72 (2002-2003)	Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven)
Ot.prp.nr.81 (2002-2003)	Opphevelse av valutareguleringsloven og penge- og kredittreguleringsloven
Ot.prp.nr.48 (2007-2008)	Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)
Ot.prp.nr.3 (2008-2009)	Tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsloven)
Innst.O.nr.100 (2002-2003)	Innstilling fra finanskomiteen om lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven)

Annet:

Rapporten *Reguleringen av pengeoverføringer i Norge – en vurdering av muligheten for å gjøre pengeoverføring enklere, rimeligere og lovlig*, Kredittilsynet 15.9.2008

Rapporten *Uformelle verdioverføringssystemer i Norge – en strategisk analyse*, Økokrim (EFE) 26.10.2007

Rapporten *Legal, Rapid and Reasonably Priced? A Survey of Remittance Services in Norway*, PRIO 3/2007

Årsrapport 2007 fra Enheten for finansiell etterretning ved Økokrim (EFE)

Rapporten *Terrorist Financing*, FATF 29.2.2008

Rapporten *Third Mutual Evaluation /Detailed Assesment Report. Ant-Money Laundering and Combating the Financing og Terrorism. Norway*, FATF 10.6.2005

FATFs *Interpretative Note to Special Recommendation 6: Alternative Remittance*

Guidance Notes for the Special Recommendations on Terrorist Financing and the Self-Assesment Questionnaire, FATF 27.3.2002

Utredning fra Finansinspektionen *Genomförande av betalningstjänstdirektivet 2007/64/EG*, FI 31.7.2008

Rapport fra arbeidsgruppe om hvitvasking oppnevnt av Finansdepartementet 12.6.2002
Utkast til lov om forebyggende tiltak mot hvitvasking av utbytte og finansiering av terrorisme (Hvitvaskingsloven)

Norges Banks brev av 13.9.2002 til Finansdepartementet *Norges Banks forskrift om valutaregulering/klage på Norges Banks vedtak*

Finansdepartementets brev av 13.2.2003 til Simonsen Føyen Advokatfirma DA *Dahabshiil Union – klage på Norges Banks vedtak om å nekte etablering av et betalingsformidlingssystem for overføring av penger til Somalia*

Nettdokumenter:

Link til FATFs anbefalinger:

www.fatf-gafi.org/document/28/0,3343,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html

Link til Einar Høgetveits artikkel *Overføring av midler til utlandet – hawala:*

www.okokrim.no/aktuelt_arkiv/artikler/TfS%204-07_ytring-Hogetveit.pdf

Link til Nikos Passas' rapport *Informal Value Transfer Systems, Terrorism and Money Laundering*, november 2003:

www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/208301.pdf

Link til Finansdepartementets brev av 12.3.2008 til Kredittilsynet *Oversendelse av analyse av uformelle verdioverføringssystem og innspill i forhold til konsesjonsregulering*

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/Utvalgte-brev/2008/oversendelse-av-analyse-av-uformelle-ver.html?id=503694&epslanguage=NO>

Link til Finansinspektionenes nettside:

www.fi.se/
www.fi.se/Templates/Page_1999.aspx
www.fi.se/Templates/Page_10550.aspx

Rettsdata Norsk Lovkommentar:

<http://abo.retsdata.no/propub/template.htm?view=main>

<http://www.hvitvasking.no/Begrepsavklaring/Hva-er-en-FIU>

